
**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA
UNIDAD AZCAPOTZALCO
MAESTRÍA EN DERECHO**

**IDÓNEA COMUNICACIÓN DE RESULTADOS
PARA LA MAESTRÍA EN DERECHO TITULADA:**

**“LÍMITES A LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA
Y SU CONSTITUCIONALIDAD”**

ALUMNA: LIC. CRUZ VARGAS NANCY KAREN

PROFESOR: ASESOR: DR. ISAAC GONZÁLEZ RUÍZ

CIUDAD DE MÉXICO, 07 DE JUNIO DE 2021.

ÍNDICE

I. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN GENERAL	4
A. Aspecto Normativo.....	4
B. La prisión preventiva.....	11
B.1. Antecedentes	11
B.2. Aspecto Histórico.....	13
B.3. Actualidad.....	16
B.4. Definición.....	18
B.5. Clasificación	19
B.6. Supuestos de procedencia	23
B.7. Duración	35
B.8. Constitucionalidad y Convencionalidad	40
C. La prisión preventiva en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	47
D. La prisión preventiva en el Código Nacional de Procedimientos Penales	49
E. ¿Qué derecho humano protege la prisión preventiva?	53
F. Conclusiones especiales respecto a la prisión preventiva oficiosa	55
II. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	61
A. El Principio de Presunción de Inocencia y sus alcances en el Derecho Internacional.....	61
A.1. Derecho Humano	61
A.2. Principio.....	72
A.3. Garantía	75
A.3.1. Regla de trato	76
A.3.2. Regla de juicio o interpretación.....	81
A.3.3. Regla de prueba	82
A.3.4. Regla de creación del derecho	83
B. El Principio de Presunción de Inocencia como un Derecho Humano en el Sistema Jurídico Mexicano	84
C. Cartografía de la Presunción de inocencia	90

III. LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL QUE VULNERA EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	92
A. La figura de la prisión preventiva ¿Instrumento de control del Estado Mexicano?	92
A.1. El control social	93
A.2. El ejercicio del poder	94
A.3. Instrumentos para el ejercicio del poder y control social por parte del Estado.....	96
A.4. El Derecho como instrumento de control social y ejercicio del poder.....	100
A.5. ¿La sociología jurídica como una respuesta al uso de la prisión preventiva oficiosa?	102
IV. RESPUESTA DESDE EL PUNTO DE VISTA PROCESAL A LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA	108
V. CONCLUSIONES	111
BIBLIOGRAFÍA.....	112

I. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN GENERAL

“Creo que la ley más importante con diferencia de todo nuestro código es la de la difusión del conocimiento entre el pueblo. No se puede idear otro fundamento seguro para conservar la libertad y la felicidad.”

Thomas Jefferson

A. La prisión preventiva

B.1. Antecedentes

La prisión preventiva no es una figura de reciente creación. La misma ha venido utilizándose desde tiempos muy remotos y ha ido transformando sus objetivos y finalidades conforme se ha ido desarrollando la sociedad.

Los primeros antecedentes, de acuerdo a Cristian Ortíz los encontramos en el derecho romano, figura que básicamente carecía de regulación jurídica, por lo cual quedaba a criterio del juez su implementación.

La prisión preventiva, no es una institución nueva, ni el derecho nacional, ni el derecho comparado, incluso históricamente, ya que en el derecho romano se encontraba esta medida, como mecanismo coercitivo sobre el inculcado de algún delito de gravedad. Como podemos pensar, en el tiempo del Derecho romano, era el criterio del juez, el punto base sobre el cual se decretaba o no la aplicabilidad de esta medida, lo que traía como resultado arbitrariedades y abusos en su aplicación.¹

Arbitrariedades y abusos que surgían debido a que nos encontrábamos en un sistema meramente inquisitivo, en donde el uso de la prisión preventiva tenía como una de sus finalidades *la obtención de las pruebas, basada principalmente sobre la disponibilidad del cuerpo del acusado como medio para obtener la confesión, incluso por tortura.*²

Es así como esta figura jurídica, que nace formalmente en el derecho romano, teniendo como principales características en cuanto a su aplicación, las de privar de la libertad al inculcado, que no dista mucho de lo que sucede en nuestros días.

¹ Ortíz, Cristian. *Sobre prisión preventiva, y relación con el supuesto de peligrosidad*. México, s.d. 2013. Versión electrónica disponible en: https://lexweb.cl/sobre-prision-preventiva-y-relacion-con-el-supuesto-de-peligrosidad/#_ftn2. Consultado el 12 de diciembre de 2016.

² Cárdenas, Raúl. *Op.Cit.* Pág. 26.

Si al inculpado se le citaba y comparecía o se le forzaba a ello, el magistrado podía ordenar el arresto o prisión provisional. En los juicios privados por causa de delito, el actor podía tener arrestado en su casa al inculpado. En el juicio penal público, de carácter capital, es probable que no fue posible dejar en libertad a los procesados, por la discrecionalidad del magistrado, a la que el tribuno del pueblo podía oponerse por la intercesión, para que el arrestado quedara libre. Este derecho del tribuno del pueblo fue frecuente, ya que dejando libre al procesado era posible su destierro. Este medio fue el que puso límite al ejercicio de la pena de muerte, excepto en el caso de los delincuentes comunes. En principio, la liberación del arrestado pudo lograrse, extendiendo al procedimiento penal público la constitución de fianza, que sólo se empleaba en el juicio privado.³

Además de tener como principales funciones legales las descritas a continuación:

La institución de la prisión existió en el derecho romano, tanto en el sistema penal militar, como medio disciplinario excepcional, como en el derecho penal público, en el que ocupaba el primer lugar en el sistema de coerción en contra de los particulares, cuyo depositario del imperium dentro de la ciudad era el magistrado, quien al emitir órdenes para desplegar su actividad oficial requería, para el cumplimiento de las mismas, de la coerción.⁴

Por lo mencionado anteriormente, podemos notar, que la figura nació dentro de un contexto lleno de irregularidades, no limitada, no proporcional y discrecional, la cual vulneraba gravemente la libertad de la persona sometida al procedimiento.

Tal como en todas las ramas del conocimiento y debido a nuestra conquista española que trajo diversidad de figuras jurídicas, la prisión preventiva no fue la excepción. El caso de la evolución en México se realizó en algunos cuerpos jurídicos relevantes, de acuerdo a lo mencionado por José Jesús Cázarez y Elías Polanco, quienes indican que la evolución histórica de la prisión preventiva se puede encontrar en varios cuerpos normativos que derivaron de la Corona Española y fueron adaptados a nuestra realidad mexicana.

B.2. Aspecto Histórico

El primero de esos ordenamientos, fueron las Siete Partidas, que en la partida siete, se regula el procedimiento civil y penal, y en específico en su Título 31, Ley 4, menciona

³ Mommsen, Teodoro. *Derecho penal romano*. Colombia, Editorial Temis, 1991. Pág. 215 y 216.

⁴ Uribe, Oscar. *La prisión preventiva en el proceso penal acusatorio y oral en México*. México, Serie amarilla, temas políticos y sociales CEDIP, 2012. Pág. 12.

los tipos de penas que pueden invocar los jueces para sancionar los delitos, la cual en la hipótesis cuarta nos menciona lo siguiente:

La cuarta es cuando mandan a alguno echar en hierros, que yazga siempre preso en ellos, o en cárcel o en otra prisión; y tal prisión como esta no la deben dar a hombre libre, sino a siervo, pues la cárcel no es dada para escarmentar los yerros, más para guardar los presos tan solamente en ella hasta que sean juzgados.⁵

La última oración nos menciona claramente que la prisión era de carácter provisional, es decir, mientras se llevaba a cabo el juzgamiento la persona se encontraba privada de su libertad, por lo que la implementación de la prisión, no solo se daba como sanción o pena utilitarista⁶, sino como medida cautelar para mantenerlo sujeto al procedimiento.

El segundo ordenamiento son las Leyes de Toro *contemplaron el arresto [...] con la finalidad de asegurar la presencia del acusado en el proceso, la reparación del daño y la ejecución de la condena.*⁷ Así mismo fueron establecidas ciertas restricciones y características en la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, la Novísima Recopilación de las Leyes de España y en la Constitución de Cádiz de 1812, esta última en su artículo 297 establecía que *las cárceles cumplirían la función de asegurar y no para molestar a los presos, es decir que se les resguardaría físicamente, además otorgar el derecho de no molestia al procesado.*⁸

Otro ordenamiento que regulaba las cuestiones de las medidas cautelares es el Decreto constitucional para la libertad de la América Latina, en cuyo artículo 21 contemplaba el principio de legalidad, pues indicaba que solo las leyes podían establecer los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano, por ende la prisión preventiva debería estar regulada en cuanto a su aplicación.

⁵ Alfonso x, el Sabio. *Las siete partidas*, Editorial del Cardo. pág. 120.

⁶ Se menciona su carácter utilitarista, porque en la misma partida y título, ley 1 se establece que la pena tiene dos finalidades: *una es porque reciban escarmiento de los yerros que hicieron; la otra es porque todos los que lo vieren y oyeron, tomen de ello ejemplo y apercibimiento para guardarse que no yerren por miedo de pena.*

⁷ Polanco, Elías. *Procedimiento Penal Nacional Acusatorio y Oral*. México, Porrúa, 2016, pág. 234.

⁸ Cázarez, José Jesús. *Op.Cit.* Pág. 58.

Posteriormente surge el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano en el artículo 72 se establecía:

Ningún mexicano podrá ser preso por queja de otro, sino cuando el delito merezca pena corporal y conste en el mismo acto, o el quejoso se obligue a probarlo dentro de seis días, y en su defecto a satisfacer el arresto, los atrasos y perjuicios que se le sigan por aquella providencia.⁹

Lo importante a resaltar del texto anterior, es la cuestión de que no todos los delitos merecían pena de prisión, sino solamente los expresamente así considerados, además de que existía la posibilidad de sustituir la prisión provisional por una fianza, de acuerdo al artículo 74 del mismo ordenamiento.

Subsiguientemente, se tienen una regulación en cuanto a la temporalidad y competencia de la prisión preventiva en las Siete Leyes Constitucionales de 1836, pues en su artículo 2.2 contemplaba que no se podía estar detenido por más de tres días por la autoridad administrativa correspondiente y que posteriormente tenía que sea remitida a la autoridad judicial, plazo que ante esta no podía exceder por más de diez días, sin proporcionar el auto motivado de prisión, además de que esta prisión preventiva suspendía los derechos particulares del ciudadano desde la fecha de mandamiento de la misma, tal como lo contemplaba el artículo 10.3 del mismo ordenamiento, así mismo en su artículo 43 nos imponía dos límites para la imposición de la misma: a) que preceda información sumaria, de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las leyes, ser castigado con pena corporal y b) que resulte también algún motivo o indicio suficiente para creer que tal persona ha cometido el hecho criminal.

Consecutivamente, se genera la Comisión Constituyente de 1842:

[...] aquí encontramos claramente la diferencia entre la detención y la prisión, pues el artículo 5, fracción IX establecía que tendría que existir una separación de los lugares destinados para purgar la pena, que se llamaba prisión, de los que solo estaban detenidos, señalando que sería un edificio diferente, además de que el detenido y el preso estarán exclusivamente a disposición del Juez que deba

⁹ Disponible en: <http://museodelasconstituciones.unam.mx/nuevaweb/wp-content/uploads/2019/02/Reglamento-politico-del-Gobierno-del-Imperio-Mexicano-1822.pdf>. Consultado el 02 de noviembre de 2020.

juzgarlos, sin que otra autoridad deba intervenir en el proceso, a menos que el juez así lo crea conveniente para la administración de justicia.¹⁰

Si nos damos cuenta, es hasta este momento histórico donde cobra vital importancia la finalidad actual de la prisión preventiva, es decir, la delimitación del ius puniendi con el que cuenta el Estado para la privación de la libertad durante el procedimiento penal, además de ciertas reglas de tratamiento propias para el detenido y el sujeto que ya tenía una sentencia condenatoria.

Así mismo, nos encontramos con el Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana del 2 de noviembre del año 1842, cuyo puntos relevantes podemos resumirlos en que *se establecía la diferencia y la especificación de la separación necesaria entre los detenidos y los presos, además de establecer plazos para realizar la detención y que no existieran ilegalidades en la misma.*¹¹

Luego, en 1843, en las Bases de Organización Política de la República Mexicana, retoma elementos muy similares a las Siete Leyes en su artículo 9, fracción VII, sólo que reduce los plazos, indicando que la prisión preventiva ante autoridad política no podía exceder los tres días y ante autoridad judicial no sería mayor a cinco, además de retomar en su artículo 175 la disposición de espacios en las cárceles de modo que el lugar de la detención sea diverso del de la prisión.

En 1856 se promulga el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, en donde regula en sus artículos 44 y 49 la situación de la detención ante autoridad jurisdiccional, y que la misma no puede exceder de cinco días y separación de reos y detenidos.

Posteriormente en la Constitución Política de la República Mexicana del 5 de febrero de 1857, en su artículo 18 y 19 se establece la probabilidad de obtener la libertad bajo fianza, además de contemplar que no se podrá dilatar la detención o prisión por falta de pago de honorarios, además de disminuir el tiempo de detención a tres días.

¹⁰ Cázarez, José Jesús. *Op.Cit.* Pág. 58.

¹¹ *Ibid.*

Después de todos los ordenamientos mencionados anteriormente, se desarrolla una de las constituciones más revolucionarias de América Latina, la de 1917, la cual, en materia penal y sobre todo, el tema de prisión preventiva, fue desarrollado con mayor detalle, pues en su artículo 18 establece de manera textual la separación entre la prisión preventiva y la prisión definitiva:

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.¹²

Es de esta manera que la prisión preventiva se transforma en una medida cautelar cada vez más definida, más no delimitada en varios de sus aspectos.

Pues, es a partir de este medio coactivo se empieza a generalizar, que se empieza a realizar el análisis desde el ámbito jurídico doctrinario y es así como inician los postulados a favor y en contra de su utilización en el proceso penal, análisis realizado desde que nace la figura, donde la importancia radica en la funcionalidad de la misma sin perder la manera de regularla sin caer en el exceso *La prisión provisional, igual que otros institutos jurídicos que se opusieron a los excesos de la Edad Media, pretendieron hacerla más soportable, pero sin despejar totalmente las cuestiones relativas a la legitimidad de este instituto.*¹³

Antes de la reforma en materia penal de 2008, existían supuestos hipotéticos diferentes para la implementación de la prisión preventiva, considerando que todas las personas sujetas a un procedimiento penal gozaban de la libertad caucional, siempre que se cumplieran los requisitos legales establecidos, en ese momento, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en específico, lo contemplado en el capítulo III, entre los que se encontraban supuestos encaminados a garantizar la reparación del daño, la sanción de tipo pecuniaria que posiblemente se obtendría, sobre lo relacionado a cumplimiento de obligaciones a su cargo que derivaran del proceso y sobre todo, que el delito por el que se estaba sujeto al proceso penal, no fuera considerado como grave, mismo que era considerado de esa manera a través de una

¹² *Íbid.*

¹³ Cárdenas, Raúl *Op.Cit.* Pág. 26.

fórmula matemática establecida en el artículo 268 del mismo código, en donde se sumaba la pena máxima con la pena mínima del delito de que se trate, tomando en cuenta agravantes o atenuantes, y se dividía entre dos, conocido como el término medio aritmético. Esos eran los únicos supuestos normativos para que una persona sujeta a investigación, no gozara de la libertad durante la misma, adicional a que, en caso de que el Ministerio Público aportara elementos al Juez que acreditaran algún riesgo fundado de sustracción de la acción de la justicia o la posible comisión de un delito doloso para que se le negara dicha medida.

Lo relevante de este antecedente, es que ya contábamos con un supuesto en donde a pesar de las circunstancias, se obligaba por parte del Legislador hacia el Ministerio Público, la negación de la libertad provisional bajo caución en las investigaciones del delito de Violencia Familiar, sin importar que el inculpado¹⁴ no se sustrajera de la acción de la justicia, existiera un riesgo fundado, tuviera la capacidad económica para garantizar la reparación del daño y demás cuestiones económicas.

¿Es nuestro primer antecedente de nuestro catálogo de delitos para la imposición de la prisión preventiva oficiosa? ¿Cuál es realmente la finalidad de mantener privada de la libertad a una persona por el delito que no sea por la necesidad de cautela y sujetar al inculpado al procedimiento?

En fin, era comprensible que en los Códigos procesales penales la privación de la libertad durante la investigación fuera la regla y la libertad provisional bajo caución, la excepción, por el carácter mixto inquisitivo en que nos encontrábamos. ¿Con la transición radical hacia el sistema acusatorio penal, lograríamos eliminar dicha situación?

B.3 Actualidad

La figura de la prisión preventiva con nuevas características surge en el Estado Mexicano cuando se realiza la reforma integral constitucional del 18 de junio de 2008,

¹⁴ Término utilizado en el sistema mixto antes de la transición al sistema acusatorio penal.

en donde se establecen las bases para regular el sistema procesal penal acusatorio y se aplican diversas modificaciones al sistema penitenciario y de seguridad pública.

Esta figura de carácter penal ha traído consigo infinidad de discusiones acerca de su constitucionalidad en el sistema jurídico mexicano y su relación con el derecho internacional. Además de las discusiones que se han dado en el terreno de la sociología, como lo veremos más adelante.

En la actualidad, los debates continúan respecto a la funcionalidad y su verdadero objetivo, uno de los más importantes es Luigi Ferrajoli, quien a través de su corriente garantista se ha pronunciado por la oposición a dicha figura jurídica, debido a que es sinónimo de violación de derechos humanos y garantías, teniendo como antecedente a otros pensadores que apoyan su postura.

Luigi Ferrajoli menciona diversos autores que se pronunciaron también en contra de la prisión preventiva, citando a Voltaire, que sostuvo que: “la manera como se arresta cautelarmente a un hombre en muchos estados se parece demasiado a un asalto de bandidos” y que de forma análoga “se pronunciaron DIDEROT, FILANGIERI, CONDORCET, PAGANO, BENTHAM, CONSTANT, LAUZÉ DI PERET Y CARRARA, denunciando con fuerza la ‘atrocidad’, la ‘barbarie’, la ‘injusticia’ y la ‘inmoralidad’ de la prisión provisional, reclamando su limitación, tanto en la duración como en los presupuestos, a las escritas ‘necesidades’ del proceso.”¹⁵

La prisión preventiva a pesar de que ha perseguido una finalidad específica, la cual es la de sujetar a la persona al procedimiento penal y así evitar que se sustraiga y retarde la impartición de justicia, la verdad es que dependiendo de la época en la que nos situemos, dependen las características de la prisión preventiva, pues no es la misma prisión preventiva de la Edad Media a la de la época revolucionaria mexicana, e incluso en la actualidad no es la misma prisión preventiva antes y después de la reforma de 2008.

A pesar de las diferentes corrientes históricas, la prisión preventiva se ha utilizado como un medio justificado por el Estado en el ejercicio del *ius puniendi*.

¹⁵ *Ibidem*. Pág. 27.

Finalmente , la prisión provisional acabó siendo justificada por el pensamiento liberal clásico, con las limitaciones que había sustentado el propio CARRARA, el cual sostuvo “la custodia preventiva considerada únicamente respecto a las necesidades del procedimiento, tiene que ser brevísima, esto es lo que sea indispensable para interrogar al reo y obtener de él oralmente todas las aclaraciones que la instrucción requiera, admitió que puede ser ordenada, aparte de que ‘para impedir la fuga del reo, también por necesidades de defensa pública, para impedirles a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno.¹⁶

A diferencia de lo establecido en la actualidad, tal como lo desarrollaremos a lo largo del presente trabajo.

A. De las diferentes medidas en el procedimiento penal.

Antes de iniciar el presente capítulo, es necesario realizar una diferencia entre varios términos, en muchas ocasiones utilizados indiscriminadamente. Debemos establecer si las medidas coactivas o coercitivas personales son sinónimo de medidas cautelares, pues podríamos cometer un error si lo afirmamos sin recurrir a lo indicado por los doctrinarios.

Desde el terreno de lo jurídico, es necesario establecer la naturaleza de la figura de la prisión preventiva, para determinar si se trata de una pena, una medida de seguridad, o como **se busca** demostrar en el presente trabajo, que es un instrumento de control social respecto a ciertas conductas **que repercuten en la seguridad nacional, a través de la comisión de delitos de alto impacto, asignándole un objetivo preventivo, mas que un propósito de seguridad procesal.**

El Derecho Penal, a través de los Códigos adjetivos y subjetivos, tiene la finalidad de regular las conductas en una sociedad con el objetivo de procurar una sana convivencia entre los miembros, sobre todo, cuando están de por medio sus bienes jurídicos. El Estado Mexicano ha indicado en el artículo 2 del Código Nacional de Procedimientos Penales el objetivo de la implementación de estas normas, mencionando que tienen como finalidad el procesamiento y la sanción de los delitos a través del esclarecimiento de los hechos, protección al inocente con el reconocimiento del principio de presunción

¹⁶ *Ibidem.* Pág. 28.

de inocencia de manera expresa, la procuración para que las conductas realizadas por el culpable no queden impunes, pero sobre todo, que se repare el daño, tanto a la víctima u ofendido como al tejido social.

Para eso, es necesario establecer ciertas medidas o normas que aseguren el éxito antes, durante y después de la investigación, pues esta etapa es la más importante en el procedimiento penal, pues permitirá demostrar la responsabilidad de las personas.

Existen diferencias notables de los tecnicismos utilizados en la legislación, sobre todo, para distinguir entre las diversas medidas que se establecen en el procedimiento penal y sus finalidades, con el objetivo de no utilizarlas de manera indiscriminada, y por ende, de forma arbitraria. Las confusiones generan incertidumbre.

La definición de las medidas de coacción depende en gran medida del sistema jurídico en el que enfoquemos el estudio, del concepto que el legislador le otorgue en la legislación, de la corriente jurídica con la que se sienta identificado y la influencia que pueda tener de otras legislaciones internacionales.

Por eso, es muy importante que el legislador cuente con gran capacidad legislativa, pero sobre todo capacidad jurídica para que comprenda el significado de los tecnicismos que va a utilizar en la norma, basándose en el Derecho Comparado, siempre con cautela, tomando la esencia o espíritu de la norma y no la literalidad de la misma, pues cada Estado utiliza de manera múltiple ciertas palabras, dependiendo la región en la que se promulgue dicha ley.

En algunas legislaciones, como la de Guatemala¹⁷ las medidas de coacción, se refieren a acciones que realiza el Estado con la finalidad de limitar derechos de la persona que está sujeta a un procedimiento penal. En nuestra legislación mexicana esta finalidad está plasmada en las medidas cautelares, precautorias y de seguridad. Por lo cual, el significado, y por ende los efectos, son totalmente distintos, pues *las medidas de coerción personal son aquellos actos puramente restrictivos de las libertades*

¹⁷ De acuerdo a lo establecido en el artículo 479 de su Código Procesal Penal, el cual establece: ARTÍCULO 479.- Medidas de coerción. Sólo se podrán ordenar medidas de coerción personal para la citación y los que correspondan al caso de peligro de fuga u obstaculización para la averiguación de la verdad.

*constitucionales, que tienen por objeto asegurar la presencia del sindicato durante la sustanciación proceso penal.*¹⁸

Por otra parte, en legislaciones como las de Perú, se definen como medidas de coerción procesal a las que responden al uso de la fuerza del Estado para obligar a alguien que realice alguna acción durante el procedimiento, sino es así, se emite una sanción dirigida a su persona o bienes:

Las medidas de coerción procesal son un conjunto de facultades que tiene los sujetos legitimados, para incoar una medida que limita de derechos fundamentales del imputado en el caso de las medidas coercitivas personales, tales como la libertad, el trabajo, la salud, o en el caso de las medidas coercitivas reales, tal como el patrimonio, etc., que afecten al imputado u al tercero civil responsable.¹⁹

Asimismo, realizando el análisis a mayor profundidad, podemos darnos cuenta que varios autores, con base a sus legislaciones, utilizan de manera indistinta el término coacción y coerción, a sabiendas de que son términos totalmente distintos, pues por una parte el Diccionario de la Lengua Española indica que el término de coacción se refiere a una fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo, mientras que la coerción es únicamente una presión ejercida sobre alguien para forzar su voluntad o su conducta.

Es precisamente esta característica lo que diferencia a las normas del Derecho de las normas de carácter moral: la coactividad, pues mientras las segundas únicamente se quedan en el estadio de la intimidación de sus sujetos para que se adapten a la norma, las normas de derecho si cuentan con el uso de medios que sancionen si no se acatan a la norma.²⁰

Por lo que consideramos que el término correcto en cuanto a otras legislaciones es el de medidas coactivas, precisamente por su poder de accionar la maquinaria del Estado en caso de incumplimiento, mismo que se verá reflejado en una sanción.

¹⁸ Villatoro, Reyna. *Medidas de coerción personal y los parámetros que se utilizan para su aplicación (estudio realizado en los juzgados de primera instancia penal narcoactividad y delitos contra el ambiente del municipio de Quetzaltenango)*. Quetzaltenango, Universidad Rafael Landívar, 2012, Pág. XI.

¹⁹ Cáceres. Roberto. *Curso Medidas de coerción en el Nuevo Código Procesal Penal*. Perú, Academia de la Magistratura, 2016, Pág. 16.

²⁰ Tal como lo indicaba Hans Kelsen en Teoría Pura del Derecho.

A pesar de que en varias legislaciones²¹ se utilizan de manera indiscriminada los términos de las medidas, tal como lo indica Carlos Chiara en Argentina:

Las medidas cautelares, asegurativas o precautorias contienen dos aspectos característicos, que aunque son contingentes por no estar presentes en todos los procesos, sirven para singularizarlas, a saber: el aseguramiento de los fines del proceso y el empleo de la fuerza estatal (coerción), si fuera necesaria para doblegar resistencias a su instrumentación.²²

Es decir, son dos los elementos que debe tener una medida, independiente del nombre otorgado en las legislaciones, para que sea considerada cautelar y funcional dentro del procedimiento: debe contar con una finalidad preestablecida y, **en caso de que se cumpla la hipótesis normativa**, una consecuencia jurídica.

Por lo que debemos tener presente, que los términos utilizados de manera correcta, dependen del sistema jurídico en el que estemos realizado el análisis, por lo que debemos hacernos de la información correcta para evitar caer en errores.

Ahora, llevando estos conceptos en nuestro sistema jurídico mexicano, las medidas cautelares, precautorias, de protección, de apremio o medidas de seguridad en nuestro sistema mexicano cumplen finalidades totalmente diferentes entre sí, que disipan de algunas legislaciones internacionales, tal como lo hemos ejemplificado. **En México, la legislación si realiza una diferencia en cuanto a los tecnicismos utilizados y las modalidades de cada una de estas.**

La diferencia entre estos conceptos los encontramos en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en los artículos 137, 138 y 155, que nos contemplan las medidas de protección a lo largo de 10 fracciones, las providencias precautorias en dos fracciones y las medidas cautelares en 14 fracciones, respectivamente.

²¹ Por mencionar alguna, el Código Procesal de Argentina coloca en el mismo supuesto las medidas de coerción y las medidas cautelares, entendiéndose como las primeras las relativas a asegurar la comparecencia del imputado y las segundas, que se destinan para evitar el entorpecimiento de la investigación o cuando exista un riesgo de fuga del imputado.

²² Chiara, Carlos. *Las Medidas de Coerción y las Garantías del Debido Proceso*. Argentina, s. d, s.d. [En línea]. Disponible en www.enj.org. Consultado el 12 de diciembre de 2017. Pág. 1.

Conforme al artículo 138²³ del Código Nacional de Procedimientos Penales, las medidas precautorias consisten en dos acciones: El embargo de bienes y la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero, es decir, son acciones encaminadas al aseguramiento de los bienes del imputado, creando una garantía, sobre todo para la reparación del daño u otro tipo de obligaciones derivadas de la comisión de un delito, garantía que se realiza sobre bienes muebles e inmuebles, pues con el cambio del sistema mixto tradicional al sistema acusatorio adversarial, lo que se busca es resarcir el daño generado a la víctima u ofendido como una alternativa que permita regenerar el tejido social, más allá de sancionar, pues la víctima se convierte en la parte primordial del sistema acusatorio adversarial.

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado acerca del tema, aunque únicamente en la materia civil, sin embargo, hay que afirmar que la figura en materia civil, no varía mucho de lo que se desea perseguir en materia penal, por lo que se han realizado anotaciones a la siguiente jurisprudencia:

Las providencias precautorias son *concedidas con el propósito de permitir al actor [en este caso, la víctima u ofendido] el aseguramiento de sus intereses*, cuando éste no tiene a la mano un medio rápido de que disponer con idéntico efecto; pero su duración siempre está limitada a un *período de tiempo estrictamente necesario*²⁴ [para el cumplimiento de la pretensión, en el caso penal, la reparación del daño ocasionado a la víctima, el cual no puede extenderse debido a que] sería injusto que un privilegio se convirtiera en una restricción indefinida de los derechos de propiedad y posesión, para aquel contra quien se pida la providencia [En este caso el imputado].²⁵

Por su parte, las medidas de protección tienden a imponerse cuando el imputado representa un riesgo próximo o predecible contra la seguridad de la víctima u ofendido antes, durante o después del procedimiento penal²⁶, en donde se establecen diez acciones que se pueden ordenar por el Ministerio Público con la finalidad de ofrecer la

²³ El cual se refiere a las medidas o providencias precautorias como las encargadas de asegurar la reparación del daño ocasionado por el imputado con la generación de su conducta ilícita, cuya finalidad es la de reponer los derechos violados de la víctima a petición de ésta, del ofendido o del Ministerio Público, atendiendo a las posibilidades de hacerlo del imputado

²⁴ Énfasis realizado por la autora.

²⁵ Registro 364682. Tercera Sala. Quinta Época. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXVIII, Pág. 2155.

²⁶ Tal como lo dispone el artículo 137 del Código Procesal Penal Nacional.

protección adecuada a la víctima u ofendido durante el procedimiento, entre las que se encuentran la prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima u ofendido, la limitación para asistir o acercarse al domicilio de la víctima u ofendido o al lugar donde se encuentre, la separación inmediata del domicilio, la entrega inmediata de objetos de uso personal y documentos de identidad de la víctima que tuviera en su posesión el probable responsable, la protección policial de la víctima u ofendido, entre otras.

Mientras que las medidas de seguridad, **siempre son adicionales a la pena, estas pueden establecerse, antes, durante o después de haberse acreditado la responsabilidad penal de una persona**, no están establecidas en el Código Nacional, sino en el artículo 168 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, en donde contempla que las medidas de seguridad después de que una persona ha sido sentenciada, y consiste en la vigilancia por parte de la autoridad de seguridad pública con la finalidad de supervisar y orientar la conducta del sentenciado para coadyuvar a su reinserción social, adicional a generar un ambiente de protección de la comunidad o las víctimas del delito, y en el artículo 31 del Código Penal para el Distrito Federal, en donde a lo largo de 7 fracciones, establecen acciones para prevenir el delito o algún daño a la víctima u el ofendido.

Por lo que, podemos concluir que las medidas de seguridad son acciones ordenadas por el juez hacia el imputado, acusado y sentenciado, las cuales son adicionales a la pena y que tiene la finalidad de evitar la comisión de conductas tendientes a dañar a la víctima, ofendido o la sociedad.

Por su parte, para una mayor comprensión e interpretación más acorde, debemos acudir a lo indicado por los doctrinarios, se considera que son los:

Actos que ordena el juez con la finalidad de evitar delitos, privando al infractor de ciertos derechos. Como penas se califican la prisión y la multa y como medidas de seguridad las demás sanciones de que se vale el Estado para reaccionar ante un delito. Las medidas de seguridad son diferentes por su motivo y finalidad, de las personas y de los medios de prevención de la delincuencia en general.²⁷

²⁷ Martínez, Rafael. *Diccionario jurídico. Teórico práctico*. México, IURE Editores, 2008. Pág. 537.

Por lo que las medidas de seguridad cobran vital importancia, pues nos permiten prevenir ciertas acciones de la persona sujeta a procedimiento penal, evitando cualquier situación de riesgo respecto a la integridad física y moral de terceros, dependiendo la situación en concreto, a criterio del juez.

Por otro lado, las medidas de apremio son las acciones destinadas para el cumplimiento de los actos que ordene algún órgano jurisdiccional, no necesariamente en materia penal, o algún órgano de carácter administrativo, como es el Ministerio Público. En nuestro ordenamiento jurídico penal, las que encontramos la amonestación, la multa, el auxilio de la fuerza y el arresto.²⁸

Una vez definidas las demás medidas que existen en el Código Nacional de Procedimientos Penales, es importante señalar en qué consiste la medida cautelar, **con la finalidad de comprender su objetivo al imponerse a la persona que se encuentra sujeta a un procedimiento penal, así como evitar confusiones respecto a su función dentro del procedimiento penal:**

Consiste en la restricción provisional del ejercicio de uno o más derechos constitucionales, impuesta al procesado ante la existencia de indicios que giran en torno a la presencia de un hecho delictuoso, la probable intervención del imputado, así como la existencia de un riesgo o peligro para el proceso. También la medida cautelar puede consistir en la afectación a la esfera patrimonial de terceras personas, pero que asumen una responsabilidad pecuniaria por o daños ocasionados por la conducta ilícita el imputado, al haberse actualizado alguna de las reglas de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito.²⁹

Es decir, la medida cautelar siempre tiene la finalidad de restringir ciertos derechos a la persona que está sujeta a un procedimiento penal, debido a un riesgo latente de sustracción de la acción de la justicia, que impida que siga su curso de manera óptima, hasta su conclusión, acciones que a futuro puede repercutir en el buen desarrollo del mismo, pero sin dejar de lado que la necesidad de imposición de dicha medida solo se podrá obtener, tomando en cuenta el contexto del imputado y del que se está llevando a cabo el procedimiento penal.

²⁸ Las podemos encontrar en el artículo 104 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

²⁹ Benavente, Hesbert. *Guía para el estudiante del Proceso Penal Acusatorio*. México, Flores Editor y Distribuidor, 2017. Pág. 116.

Por otra parte, también se puede afirmar que:

Las medidas o providencias cautelares son: “Los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio para conservar la materia del litigio, con la finalidad de evitar un grave o irreparable daño a las mismas o a la sociedad, con motivo de la tramitación del proceso”

García Ramírez sostiene: “dichas medidas son necesarias para asegurar la ejecución del pronunciamiento jurisdiccional que resuelva el fondo de la controversia y, en general para preservar los fines buscados al través de los procesos de conocimiento y ejecutivo.”³⁰

En la cita anterior, encontramos un elemento importante. Considera que la medida cautelar tiene únicamente un propósito meramente procesal, que es someter en todo momento al imputado al proceso penal, no necesariamente a través de la restricción de la libertad personal, sino incluso con la restricción de la libertad de reunión, tránsito, de trabajo, entre otras.

En cuanto a la legislación mexicana, estas medidas son definidas acorde al objetivo que persiguen, de acuerdo a lo establecido en el Código Nacional de Procedimientos Penales, podemos resaltar que una medida cautelar³¹ es de carácter extraordinario, es decir, es la excepción, no la regla, pues deben acreditarse las causas de riesgo de sustracción, y por esa razón, debe privarse de ciertas acciones que repercuten en la libertad del sujeto durante el trámite del proceso penal que se lleva en su contra, por lo que deben ser impuestas derivado de las circunstancias propias del procedimiento, atendiendo al principio de mínima intervención, es decir, deben enfocarse únicamente en evitar conductas generadas por el imputado que genere daños graves e irreparables a terceros.

Pero ¿realmente deben enfocarse a la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad? Y con esta interrogante no afirmo que ellos no deban contar con acciones

³⁰ Herrera, Alberto. *El Derecho a la presunción de inocencia*. México, Editorial Porrúa, 2012. Pág. 99.

³¹ Las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional, adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo, o previamente a él, a pedido de los interesados, o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, o mantener situaciones de hecho, o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes, como un anticipo que puede no ser definido. La medida cautelar es una garantía jurisdiccional de la persona o los bienes para hacer eficaces las sentencias de los jueces de acuerdo a Mario Augusto Morello y Enrique Vesconi en su obra *Medidas Provisionales y medidas cautelares*. México, pág.161. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2047/12.pdf>, consultado el 19 de julio de 2017.

por parte de la autoridad que eviten esa situación de riesgo, pero esa es la finalidad es propia de las medidas de protección, no de las cautelares. El Código Nacional de Procedimientos Penales estableció finalidades de protección a las medidas cautelares, dejando de lado que estas únicamente deben estar enfocadas a darle continuidad al procedimiento con la presencia del imputado, permitiendo que se desarrolle de manera adecuada, lo cual será desarrollado más adelante.

De acuerdo al artículo 153 del Código Nacional de Procedimientos Penales, las medidas cautelares son las encargadas de asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o el testigo o evitar la obstaculización del procedimiento.

Las cuales se enumeran en el artículo 155 del mismo Código Procesal en catorce supuestos, los cuales no son excluyentes entre sí³² y consisten en la presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe, la exhibición de una garantía económica, embargo de bienes, la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero, prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez, sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada, prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares, prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa, entre otras, pero la que a nosotros nos interesa es precisamente la establecida en la fracción XIV: La prisión preventiva, por la razón de que es la más lesiva.

Hay autores que afirman que la prisión preventiva tiene las características propias de una medida de seguridad, pues consideran que se tratan de instrumentos que tienen la finalidad de que el sujeto que está cometiendo estas conductas contrarias a derecho, no las realice, y si lo hace, se encuentre en un estado de aislamiento respecto a los

³² Excepto la prisión preventiva, la cual podrá imponerse únicamente con embargo precautorio o la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren en el sistema financiero, de acuerdo al artículo 157 del Código Nacional Procesal.

demás integrantes de la sociedad, pues si recurrimos a las definiciones doctrinarias, *son métodos que se utilizan respecto a sujetos que tienen tendencia a la comisión de delitos, para obtener su resocialización o, en último extremo, para mantenerlos aislados, a fin de que no causen perjuicios a la convivencia humana*³³

Hay otros autores que indican que la prisión preventiva es una pena utilizada por los Estados en respuesta a una prevención general negativa, pues más allá de las finalidades originarias de la medida cautelar, tienen la finalidad de intimidar, tanto a la sociedad como al imputado, para evitar la comisión de nuevas conductas delictivas, pues legalmente no es contemplada como una pena, aunque en el mundo fáctico, si se materializa de esa forma, nos indica Dolores Eugenia Fernández: *La prisión preventiva tiene idéntico contenido al de la prisión y aun cuando formalmente no sea una pena de acuerdo con el artículo 24 del código penal, materialmente sí lo es, hasta el punto de computarse su duración para abonarla y deducirla del tiempo que se dicte en la sentencia condenatoria.*³⁴

Entre estos autores también se encuentra Abelardo Esparza, quien a su vez en su obra refiere que Rodríguez Manzanera también apoya esta postura respecto del uso de la prisión preventiva como un mecanismo legal de pena anticipada, disfrazado de medida cautelar:

[...] la prisión como pena debe cumplir con la función de prevención especial, sin olvidar la función secundaria de reforzamiento de la prevención general. Sigue diciendo que como medida de seguridad, la prisión preventiva no pretende retribuir ni intimidar a la generalidad, ya que se aplica a presuntos inocentes.³⁵

Ahora bien, regresando a lo establecido en el texto legal, también se establece que deben aplicarse cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, además de que no puede combinarse

³³ Cázarez, José Jesús. *Medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en el Estado de Michoacán*, México, Editorial Porrúa, 2008, Pág. 5.

³⁴ Bermares, Antonia. *Análisis de la prisión preventiva*. México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2003, Pág. 11.

³⁵ Esparza, Abelardo. *La prisión preventiva: Algunos criterios de política criminal*, México, Revista 4, Octubre-Diciembre, 1990.

con otras medidas cautelares, que sólo se impone cuando se comete un delito que merezca pena privativa de libertad y que no puede exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motiva el proceso penal y en ningún caso deberá ser superior a dos años.

Esta medida es considerada la más agresiva, pues restringe la libertad del imputado a pesar de que en ese momento procesal aún no se determina la responsabilidad del mismo, *este uso de la prisión por parte del Estado, es la medida más radical de su actuación, ya que después del derecho a la vida, es la libertad el derecho fundamental y presupuesto de todos los demás derechos*³⁶, tal como lo veremos más adelante.

B.4 Definición de la prisión preventiva

Una vez que hemos indicado que la prisión preventiva es una medida cautelar dentro de nuestra legislación, por lo que para desarrollar la repercusión que tiene la figura en nuestro actual sistema acusatorio adversarial, primero debemos establecer la definición.

La prisión preventiva forma parte del catálogo de las 14 medidas cautelares, cuya imposición es derivada cuando otras medidas cautelares no garanticen la comparecencia del imputado durante el desarrollo del procedimiento, a través de la restricción de la libertad personal del imputado, debe ser ordenada por el Juez de Control, derivada de la petición del Ministerio Público, víctima u ofendido, o impuesta por obligación del legislador cuando se está en un procedimiento por un delito establecido en el artículo 19 constitucional.

[...] prisión preventiva [es] el acto procesal dictado por un juez encaminado a restringir temporalmente la libertad personal del imputado por un delito, con la finalidad de garantizar los fines del proceso y, en su caso, el cumplimiento efectivo de la pena.³⁷

Por lo que dicha restricción únicamente tiene la finalidad de dar continuidad al proceso, es decir, tiene una finalidad de garantía procesal. Otro concepto que concuerda con lo anteriormente sostenido es que:

³⁶ Cárdenas, Raúl. *La presunción de inocencia*. México, Editorial Porrúa, 2003. Pág. 26.

³⁷ Herrera, Alberto. *El Derecho a la presunción de inocencia*. México, Editorial Porrúa, s.d. Pág. 100.

La prisión preventiva, de acuerdo con la doctrina, es una medida cautelar que tiene como función asegurar el normal desarrollo del proceso y, eventualmente, al concluir éste, la aplicación de una pena privativa de libertad.³⁸

Es diferente de la restricción de la libertad como pena o sanción, pues es menor en cuanto al tiempo, tal como lo veremos en el apartado correspondiente, y es superior al arresto, pues excede las 36 horas administrativas de detención.

Es así como afirmamos que la prisión preventiva es una medida cautelar, la cual tiene como finalidad la de detener y mantener al imputado privado de su libertad por un tiempo determinado, en un lugar especial y diferente a los establecidos para cumplir la pena, con la finalidad principalmente de garantizar el desarrollo del proceso penal, basada en ciertos temores o riesgos derivados del actuar o posible actuar del imputado, en lo que se realiza el esclarecimiento de los hechos y la probable comisión o participación en los mismos.

La prisión preventiva, es una figura de carácter histórico si la comparamos con otros sistemas legales internacionales:

“La prisión preventiva, no es una institución nueva, ni el derecho nacional, ni el derecho comparado, incluso históricamente, ya que en el derecho romano se encontraba esta medida, como mecanismo coercitivo sobre el inculpado de algún delito de gravedad. Como podemos pensar, en el tiempo del Derecho romano, era el criterio del juez, el punto base sobre el cual se decretaba o no la aplicabilidad de esta medida, lo que traía como resultado arbitrariedades y abusos en su aplicación”.³⁹

La prisión preventiva no es una figura nueva, sin embargo, el carácter de oficiosidad si es un elemento nuevo, pero antes de adentrarnos a la función como instrumento de control social del Estado, definamos lo que es la prisión preventiva de manera general.

La definición, de acuerdo Guillermo Zepeda Lecuona, de la prisión preventiva es:

[...] una medida cautelar de carácter excepcional. Su finalidad es garantizar la presencia del imputado en un eventual juicio oral. Subsidiariamente pretende evitar afectaciones en el desarrollo de la investigación o que se coloque en riesgo a las víctimas. Sin embargo, históricamente la prisión preventiva ha sido desnaturalizada

³⁸ Cárdenas, Raúl. *La presunción de inocencia*. México, Editorial Porrúa, 2003. Pág. 25.

³⁹ Ortíz, Cristian. *Sobre prisión preventiva, y relación con el supuesto de peligrosidad*. México, 2010, pág. 2.

y en México ha operado no como medida cautelar de ultima ratio, sino como una pena anticipada⁴⁰

Otro autor especialista en Derecho Penal, Cristian Ortiz nos indica que la prisión preventiva contiene otro elemento propio al afirmar que es una medida cautelar personal, de carácter excepcional, que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria, de una persona, durante la sustanciación de un procedimiento penal y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad⁴¹, por lo que su objeto principal es la de mantener en cierto estado las cosas para seguir un proceso penal.

Definiciones con las cuales coincido plenamente, debido a que la prisión preventiva surge como un instrumento de protección procesal, tipo cautelar, función la cual debe ser conservada y no modificada para convertirse en un instrumento de control social ante delitos de alto impacto como se explicará más adelante.

B.5 Clasificación

Existen en nuestro sistema legal existen dos tipos de prisión preventiva, la oficiosa y la que surge a petición de parte.

Esta división expresa surge principalmente a partir de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 que dio origen a una diferente visión y aplicación acerca del sistema procesal penal mexicano, derivado de recomendaciones externas en cuestiones de seguridad nacional y transnacional.⁴²

⁴⁰ Arriaga, Luis y Hernández, Simón. *Auto de Vinculación a Proceso y prisión preventiva*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, versión electrónica disponible en: biblio.juridicas.unam.mx consultado el 20 de julio de 2017, 2013, pág. 1877.

⁴¹ Ortiz, Cristian. *Op.Cit.* pág. 2.

⁴² Es interesante hacer notar al lector, que este tema tuvo gran relevancia en la reforma, debido al conocido “Plan Mérida”. En marzo de 2007 se reunieron en Yucatán los representantes del poder ejecutivo de México y Estados Unidos, en ese momento representados por George W. Bush y Felipe Calderón, los cuales en dicha reunión establecieron una iniciativa que contemplara las bases que permitieran una cooperación, tanto bilateral, como regional en beneficio de la seguridad nacional y transnacional, sobre todo en lo que respectaba a los temas de tráfico de drogas, armas, personas y la lucha contra las organizaciones criminales. Por lo que, se estableció que para controlar ese problema, una de las alternativas, era modificar el sistema penal.

Es así como un año antes, el 9 de marzo de 2007, el poder ejecutivo, en ese momento representado por Felipe Calderón Hinojosa presentó al Senado de la República una iniciativa para realizar la reforma a diversos artículos de la Constitución, principalmente en materia de seguridad y justicia, pero es hasta el sexenio peñista en 2008 cuando se realiza la reforma constitucional.

Pero, ¿para qué reformar? Pues la intención de reforma se justificó con el objetivo de encontrar la manera de abatir la impunidad, fortalecer la seguridad jurídica de los ciudadanos y dotar a las instituciones de procuración e impartición de justicia de mecanismos que les permitieran mejorar el cumplimiento de sus responsabilidades.⁴³ Y una de las formas de lograr este objetivo, era a través de la modificación de la legislación.

Es así como surge la necesidad de regular los presupuestos para la imposición de la prisión preventiva, dentro de un marco de respeto a los derechos humanos, alejándola de la funcionalidad que tenía en el sistema penal tradicional.

A partir de esto, se genera el nuevo sistema penal acusatorio adversarial, donde los principales preceptos normativos reformados descansan en los artículos 16, 17, 19, 20 y 21 de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Anteriormente a la reforma implementada, podíamos encontrar la figura de la libertad provisional bajo caucio, es decir, se establecía la detención y privación de la libertad como regla, y en caso de cumplir con ciertas condiciones, se otorgaba el beneficio de la libertad, además de que también se contaba con la prisión preventiva a petición del Ministerio Público, cuyos objetivos consistían en mantener al imputado sometido a la jurisdicción a lo largo del proceso penal, además de evitar que pudiera intervenir en las investigaciones del delito que se le imputa o que no siguiera cometiendo otros delitos.

⁴³ Para mayor información, léase el Boletín Informativo emitido por la Dirección General de Derechos Humanos y Democracia el 14 de marzo de 2008.

Entonces así nace en el sistema jurídico mexicano el término de la oficiosidad de la prisión preventiva, establecida en el artículo 19, párrafo segundo de la Carta Magna, en donde el juez la otorga de manera obligada, casi automática, sin ni siquiera atender a su criterio interpretativo o el contexto en el que se desarrollan los hechos posiblemente constitutivos de delitos y las condiciones personales del imputado, pues la aplicación está basada únicamente con encuadrar en alguno de los supuestos contemplados en un catálogo no taxativo de delitos de alto impacto⁴⁴ indicados por el legislador.

Respecto a la prisión preventiva justificada⁴⁵, como lo indican algunos autores, entre ellos, Carlos Ríos, mencionan que el sujeto legitimado para solicitarla es el Ministerio Público, pues la Constitución mexicana establece que sólo para los delitos que no están incluidos en dicho catálogo es posible hacer una determinación individualizada, sobre la base de estándares empíricos, por lo que la imposición de la medida cautelar, debe tomarse en cuenta el contexto para **considerar el riesgo que pudiera generar el imputado, lo cual, con la oficiosidad se pierde totalmente, pues se cree erróneamente que cualquier persona que cometa algunos de los delitos establecidos en el catálogo, incurrirá en automático en alguna de las causas de imposición de la medida cautelar.** **Por** ende, estamos bajo un argumento falaz de generalización precipitada, pues al considerar que todos los imputados que están siendo procesados por ese catálogo de delitos se adecuarán a las hipótesis de procedencia de la prisión preventiva, es una generalización errónea presumiendo una situación de obstaculización procesal por parte del imputado **y violando el principio adversarial que rige nuestro sistema penal, pues no permite someter a debate la imposición de la medida cautelar.**

⁴⁴ El término de delitos de alto impacto es muy utilizado, sin embargo no existe una unificación del mismo en cuanto a las características que debe cumplir un delito para ser considerado de tal naturaleza, lo que genera un estado de incertidumbre dentro de nuestro sistema jurídico, pues no indica la manera en que un delito pueda entrar en el catálogo de los que ameritan prisión preventiva oficiosa. Sólo se cuenta con el concepto proporcionado por Guillermo Zepeda Lecuona quien indica que se refiere a los delitos registrados en una sociedad los cuales se destacan por la gravedad de sus efectos y sus altos niveles de violencia, es decir, son los que más lastiman a las personas y contribuyen a una percepción de inseguridad y vulnerabilidad en la ciudadanía. Cfr. Índice de incidencia delictiva y violencia CIDAC.

⁴⁵ La misma Secretaría de Gobernación utiliza este término indicando que “la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos determina limitantes y la aplicación de medidas cautelares como la prisión preventiva oficiosa cuando se trata de ciertos delitos y la prisión preventiva justificada para garantizar que la persona imputada esté presente en el desarrollo del proceso y se proteja a las víctimas.” Tal como lo indica en su página web <https://www.gob.mx/pgr/articulos/la-medida-cautelar-de-la-prision-preventiva-oficiosa-y-justificada>.

Es así como nos encontramos ante una característica propia del principio de peligrosidad en esta medida cautelar oficiosa, en donde la imposición esta dada por el tipo de delito que se esta investigando y no por las características propias del contexto del procedimiento, es un elemento subjetivo sin posibilidad de refutación, este elemento no puede ser una presunción, sino que debe estar sujeto a prueba.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos rechaza dicha presunción, tal como lo plazma en la sentencia del *Caso Fermin Torres vs Guatemala*, en donde realiza un análisis del concepto de peligrosidad, propio de sistemas jurídicos no democráticos, indicando que la imposición de alguna restricción de derechos, en especifico la libertad de una persona o la vida, no puede estar sujeta a presunciones sobre la peligrosidad de una persona, sino ha sido previamente sometida a contradicción por las partes, o dada por hecho sin sujetarse a comprobación.

Es decir, toda afirmación por alguna de las partes debe acreditarse durante el juicio, y la imposición de la prisión preventiva no puede ser la excepción, pues la libertad es uno de los bienes jurídicos de mayor importancia, además de afirmar, que la implementación del principio de peligrosidad en un sistema acusatorio adversarial rompe con los propósitos de protección de los derechos humanos, ya que:

“constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía.”

El Derecho Penal de Autor, a diferencia del Derecho Penal de Acto, considera para la imposición de medidas o sanciones, características personales del inculpado. Es un Derecho alejado de sus acciones, presumiendo que la persona sujeta al procedimiento realizara alguna conducta delictiva. *Esta categorización no es gratuita: cumple la función de impactar en la imposición, el aumento o el decremento de la pena; incluso permite castigar al sujeto por sus cualidades morales, su personalidad o su*

*comportamiento precedente frente a la sociedad.*⁴⁶ Es decir, tiene una funcionalidad extralegal consistente en generar un juicio de reproche previo a la sanción penal.

Y aunque se buscaba la eliminación de este modelo, podemos notar que aún hay figuras con objetivos similares que ponen en peligro el respeto a los principios de contradicción y presunción de inocencia, pues es un modelo basado en la falaz argumentación de que existe una relación indivisible entre imputado y privación de la libertad, en donde el imputado es responsable desde que está sujeto a investigación y por ende, debe estar privado de su libertad en todo momento y para siempre, ya que se presume que si ha cometido un delito, probablemente lo hará de nuevo en un futuro. *En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal [...].*⁴⁷ Y aunque en el texto legal se realicen adecuaciones para evitar la introducción de las palabras derivadas de “peligroso”, la esencia y función siguen siendo las mismas, pues el legislador generaliza el contexto de la comisión de los delitos que ameritan prisión preventiva, sin tomar en cuenta las características propias de cada investigación, restringiendo derechos al imputado, ya que no permite que contradiga la implementación de la prisión preventiva oficiosa por parte del Juez, ni que ese riesgo de obstaculización procesal que se busca mitigar, sea una presunción que pueda destruirse por la Defensa.

Por esa razón, continua mencionando Ríos, ese catálogo está alejado de la taxatividad, donde la excepción se vuelve regla, *este modelo no es consistente con las obligaciones internacionales del Estado mexicano y, en este orden de ideas, no se ajusta con los presupuestos y características de un modelo basado en el Estado Constitucional de Derecho,*⁴⁸ con lo cual, estamos totalmente de acuerdo, pues la libertad es uno de los

⁴⁶ Diferencia que en su momento se realizó por la Primera Sala en 2011 a través de la Tesis Aislada con número de registro 160693, que posteriormente integró Jurisprudencia por reiteración de criterios con el número de registro 2005883 en 2014.

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la Sentencia de 20 de junio de 2005 en donde se resuelve Fondo, Reparaciones y Costas del Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf. Consultada el 02 de octubre de 2020.

⁴⁸ Ríos, Carlos. *PENA SIN DELITO: Percepciones acerca de la finalidad de la prisión preventiva en México*. EUA, Due Process of Law Foundation, 2016. Pág. 5.

Derechos Humanos más importantes, el cual, debe estar completamente protegido en un Estado de Derecho democrático como es el mexicano, no deben existir figuras más allá del cumplimiento de una finalidad garantista hacia la sociedad.

El legislador considera que una persona sometida a un procedimiento penal por algún delito que amerita prisión preventiva oficiosa es una fuente potencial para causar un daño a terceros, definición propia del concepto de peligro. Y aunque lo establece en nuestro sistema normativo como riesgo, el objetivo de su implementación dista mucho de sujetarse a la probabilidad de que ocurra un suceso peligroso, en este caso, la obstaculización del procedimiento penal y la gravedad del daño causado a terceros, el riesgo tiene que ser real, electivo por las conductas del imputado, basado en las acciones, nunca en presunciones legislativas.

En cuanto a la prisión preventiva oficiosa tiene una gran diferencia si la comparamos con la prisión preventiva a petición del Ministerio Público, pues el primer supuesto se establece alejado de las finalidades propias de la figura, **que consiste en acreditar situaciones generadas por el imputado para entorpecer el procedimiento penal del que forma parte, y más bien se impone**, por el simple hecho de que el ilícito posiblemente cometido se encuentra en un catálogo de delitos de alto impacto para la sociedad⁴⁹, es así como el Juez tiene la obligación de imponerla, sin tomar en cuenta otras consideraciones que rodean al hecho posiblemente constitutivo de delito, pues hay que recordar que la oficiosidad implica esa *calificación que se da a las diligencias que los jueces o tribunales efectúan por decisión propia, sin previo requerimiento de parte o sin necesidad de petición de ésta*⁵⁰ lo cual vulnera gravemente el principio de imparcialidad del Juez, pues el mismo debe resolver conforme lo que solicitan las partes y nunca ir más allá, sobre todo en el tema de las medidas cautelares, pues quien debe acreditar fehacientemente el riesgo del imputado de adecuarse a las hipótesis normativas para imponer la medida, es el Ministerio Público, lo cual no se lleva a cabo por el Juez

⁴⁹Debemos indicar, tal como en las páginas anteriores, que el concepto de “alto impacto” aún no está desarrollado ni unificado por alguna instituciones gubernativa, lo que puede resultar peligroso, pues consideramos que si el pilar de la prisión preventiva oficiosa es ese concepto y no está bien definido, puede dar lugar a considerar cualquier delito como grave para sociedad sin saber la justificación que le otorga esa característica, lo cual puede generar una lista arbitraria de delitos a criterio del legislador.

⁵⁰ De acuerdo con Guillermo Cabanellas de Torres, la definición de oficio proporcionada por el Diccionario Jurídico Elemental versión online disponible en: <http://leyderecho.org/diccionario-juridico-elemental/>. Consultado el 12 de diciembre de 2016.

debido al texto legal, e incluso, ni siquiera se acredita, vulnerando el principio de contradicción del sistema penal, pues el imputado no puede ofrecer datos y medios de prueba que le permitan desvirtuar dicha respuesta automatizada, esa decisión de imponerla sin previo análisis es de carácter obligatorio para el Juez, tal como lo indica el artículo 19 Constitucional⁵¹ y el 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales⁵².

B.6 Supuestos de procedencia

Como se ha estado mencionado a lo largo de este capítulo, la procedencia deriva del tipo de prisión preventiva que se tenga en el caso concreto.

Algo que si debemos mencionar para dejarlo muy claro, es que para la procedencia de la prisión preventiva, por lo menos la derivada a partir de la petición de parte, depende del principio de excepcionalidad, es decir, debe ser impuesta únicamente cuando otras medidas cautelares no logren garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Respecto a la naturaleza jurídica que se establece en nuestro marco jurídico penal, se especifica en los artículos 153 y 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales los cuales a través de un análisis a profundidad, podemos notar que cumplen con la función cautelar, pues el artículo 153 no indica que la prisión preventiva tiene la finalidad de asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento, es decir finalidades procedimentales, por su parte el 167 sólo confirma lo mencionado en líneas anteriores, pero agrega una cuestión importante, pues

⁵¹ Artículo 19. [...] El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

⁵² Artículo 167. Causas de procedencia [...] El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

establece así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de *un delito doloso*, lo cual llama la atención, pues ¿aún tenemos presente el principio de peligrosidad en nuestro sistema jurídico? Imponemos de manera automática ciertas restricciones a libertades por una falsa creencia, en vez de realizar un análisis minucioso de las características que rodean el hecho posiblemente constitutivo de delito.

Es decir, cuando sólo sea indispensable para el procedimiento, por no existir otra manera de lograrlo, siempre atendiendo el principio de menor lesividad, pues este principio no debe de aplicar únicamente a las cuestión de criminalizar o tipificar conductas, sino que debe ampliarse a las medidas cautelares, sobre todo a la prisión preventiva, pues no debe ser utilizada para lesionar un bien jurídico, en este caso la libertad del imputado cuando no existe la necesidad de proteger otros bienes jurídicos, por ende, no debe estar condicionada al tipo de delito que se cometa, sino al contexto.

Es aquí donde el contexto cobra relevancia, tanto para la imposición, como para entender la verdadera finalidad de la prisión preventiva oficiosa dada por el legislador.

El contexto es el ámbito donde se desarrollan las personas, en donde viven, en donde se proveen de los elementos que las conforman, un conjunto de relaciones del sujeto con espacio, el cual determina en gran parte su actuar, el cual, va más allá de un ámbito espacial o temporal.

De acuerdo a González, está integrado por el espacio, tiempo, circunstancias, personas, medios y clima o ambiente social.⁵³

Este debe ser analizado por el juzgador para la imposición de las penas, y por lo tanto, también para las medidas cautelares. En ciertas ocasiones eso es un poco complicado, debido a que el juzgador, es una persona que no tiene ese acercamiento total con el imputado, por lo que debe hacerse de las herramientas necesarias para tomar sus

⁵³ Para mayor detalle léase González, Isaac. *Contexto, criminalización y genocidio. Elementos de análisis del contexto como categoría ontológica en la criminalización social y el genocidio* en: Alegatos, año 32, núm. 98, México, enero-abril 2018. Pág. 74.

resoluciones de manera adecuada, es decir, dejar de lado la alienación a la que está sometido⁵⁴.

Tal es así, que tenemos protocolos de actuación que le permiten salir del estado de alienación, mismos que le permiten entender el contexto en el que se desenvuelve el imputado, sobre todo si este se encuentra en un estado de vulnerabilidad.

Pero, volviendo al tema del contexto para determinar la imposición de la medida cautelar, este se encuentra caracterizado por *una sustancia de práctica humana, son acciones individuales y colectivas en construcción continua*.⁵⁵ No tenemos un único contexto, ni siempre ha sido el mismo a lo largo del tiempo, por esa razón no puede generalizarse una situación particular, en este caso, como se toma en la prisión preventiva oficiosa, donde, erróneamente se considera que todas las personas que están siendo procesadas tienen “un riesgo latente”, lo cual es totalmente erróneo.

Por ejemplo, el caso de Daniel García Rodríguez, el cual se mediatizó a raíz de la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través del informe de admisibilidad No. 68/17, Petición 474-07 del 25 de mayo de 2017, en donde se buscaba responsabilizar al Estado Mexicano por la violación de los derechos humanos contemplados en los artículos 5 (integridad personal), 7 (libertad personal), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, y 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, pues tal como lo indica en una entrevista realizada por la revista Proceso el 30 de octubre de 2017, su historia empieza el 25 de febrero de 2002, cuando fue detenido afuera de su domicilio en el municipio de Atizapán de Zaragoza, Estado de México. Se dirigía a casa de su padre cuando lo interceptaron dos hombres, después se sabría que eran policías ministeriales, a bordo de un vehículo particular. Sin orden emitida por un

⁵⁴ Tal como lo refiere el Dr. Isaac González, el juez alienado es una persona que no forma parte del contexto del imputado, algo parecido como lo propugnado por el Método Descártico, donde el investigador o aplicador del conocimiento (juzgador) está fuera del objeto de estudio (imputado).

⁵⁵ González, Isaac. *Contexto, criminalización y genocidio. Elementos de análisis del contexto como categoría ontológica en la criminalización social y el genocidio* en: Alegatos, año 32, núm. 98, México, enero-abril 2018. Pág. 75.

juez, le informaron que Ciro Mendoza Becerril, funcionario de la Subprocuraduría de Justicia de Tlalnepantla, lo requería.

Así fue como después de casi 14 horas detenido e incomunicado, el Juzgado Quinto Penal del Distrito Judicial de Tlalnepantla le indicó que se había emitido contra su persona un arraigo por 30 días, por lo que fue llevado un Hotel llamado San Isidro, hasta ese momento supo que estaba siendo investigado por el homicidio de la regidora de Atizapán de Zaragoza María de los Ángeles Tamés Pérez, a la cual se le privó de la vida el 5 de septiembre de 2001.

Ya estando en el hotel se presentó quien fungía como subprocurador de Tlalnepantla, Rogelio Figueroa Velázquez, en compañía de tres policías ministeriales, comentándole que “nada tenía contra él”, pero “necesitaba que lo ayudara y sólo le pedía una declaración que ya llevaba preparada sobre presuntos actos de corrupción de Carlos Madrazo Limón y Antonio Domínguez Zambrano”, que en ese momento era presidente municipal electo para el periodo 2000 - 2003 de Atizapán de Zaragoza. Debido a su negativa, fue amenazado con hacer daño a su persona y a su familia, lo cual fue cumplido días posteriores cuando arraigaron a sus primos Elvia y Martín Moreno, a su padre, Isaías García Godínez y sus hermanos.

Las condiciones del arraigo estuvieron alejadas de la legalidad, pues estuvo en aislamiento total, no hubo respeto al principio de presunción de inocencia en su modalidad de la regla de tratamiento pues en varias ocasiones se publicaron noticias en periódicos y en la televisión donde se le exhibía como culpable, o con miembros de su familia. A raíz de la “investigación” realizada por el Ministerio Público correspondiente, se le intentó fincar responsabilidad penal a Daniel mediante los testimonios de tres personas, las cuales posteriormente indicaron que habían rendido declaración bajo tortura, aun así se consignó, en ese entonces, la Averiguación Previa y dos días después el Juzgado Quinto Penal del Distrito Judicial de Tlalnepantla dictó una orden de aprehensión en contra de Daniel García y Antonio Domínguez Zambrano como probables responsables por cuatro delitos: homicidio calificado, extorsión, fraude y delincuencia organizada, cometidos en agravio de María de los Ángeles Tamez Pérez, Carlos Manuel Rodríguez Delgado, Raúl Sixtos Hernández y Mario Carrera Barrios.

El 10 de abril del mismo año, se ejecutó la orden de aprehensión y trasladaron a Daniel García y a Antonio Domínguez al Centro de Readaptación Social Juan Fernández Albarrán. Seis días después se les dictó auto de formal prisión con “pruebas irregulares”.

Y así, con esos antecedentes, se les mantuvo en prisión preventiva por más de 14 años. La defensa agotó los recursos solicitando que fueran puestos en libertad inmediata por tal situación, sin embargo les fue negada la solicitud, por esa razón fue necesaria la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pero como todo proceso legal, es paulatino, por lo que el informe de admisibilidad fue emitido en mayo de 2017⁵⁶, siendo hasta el 24 de agosto de 2019 cuando la medida cautelar de prisión preventiva fue modificada por la colocación de un localizador electrónico que le permitió llevar su procedimiento en libertad, después de 16 años y 10 meses sujeto a prisión preventiva.⁵⁷

Casos como estos, son la regla y no la excepción en México, donde el uso de la prisión preventiva es una pena anticipada, un mecanismo para someter el cuerpo del imputado, dejando de lado las funciones de la medida cautelar, pues nos alejamos del contexto que realmente la justifica. Buscamos castigar anticipadamente, generar un ambiente de violencia que legitima a su vez el uso de la misma. “El poder del Estado ejerce intensidades violentas con que pretende someter a los “enemigos” empleando medios como la ley penal y políticas criminales prevencionistas, como la seguridad nacional”.⁵⁸

Es decir, normalizar la violencia institucional a través del uso de la prisión preventiva en ciertos delitos, bajo la perspectiva errónea de que su uso es una forma de sanción legítima por parte de los Estados, en especial el mexicano, al punto de que la sociedad está de acuerdo en su uso excesivo al solicitar que sea modificada por el legislador

⁵⁶ Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2017/mxad474-07es.pdf>. Consultado el 02 de noviembre de 2020.

⁵⁷ Jiménez, Rebeca. *Salen de prisión tras 17 años sin sentencia por caso Tamés*. El Universal, 2019. Consultado en línea el 02 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/metropoli/edomex/salen-de-prision-tras-17-anos-sin-sentencia-por-caso-tames>.

⁵⁸ *Ibid.*.

para imponerle una temporalidad mayor o incluso a la ampliación del catálogo de delitos.

El contexto, tanto del imputado como de la sociedad en general, cobra importancia, pues no podemos considerar a la prisión preventiva como una figura jurídica aislada, cuya implementación es objetiva, por el contrario, dependen del significado que la sociedad le otorga a su implementación, por atender las condiciones subjetivas del actuar del imputado, es decir, las personas conceptualizan a la prisión preventiva como una medida cautelar, sino como una forma de neutralizar al imputado, de asegurarse que privado de su libertad se generará un ambiente de mayor seguridad pública, por lo que el legislador utiliza esta errónea percepción social de la medida cautelar para hacerla ver como una política de seguridad pública.

La reacción colectiva es directamente proporcional al contexto cultural en que se generó la conducta delictiva. Ninguna conducta delictiva es así definida, sino a través de la cultura que la determinó. La cultura delictiva no responde a estímulo alguno, sin que el origen del estímulo que a motivó prevenga de un ámbito cultural determinado.⁵⁹

Esto debido, a la impunidad y falta de confianza en las instituciones de procuración e impartición de justicia que se han acentuado con los años, cuya respuesta práctica es el uso de herramientas que permitan una “ilusa” impartición de justicia, una de ellas es a través del uso de la prisión preventiva como pena anticipada.

Ahora, desde el principio de proporcionalidad, la prisión preventiva oficiosa en ningún momento es excepcional, pues aplica de manera automática, sin contemplar que a pesar de que sean delitos de alto impacto, ninguno ocurre en las mismas circunstancias, por ende, imponer la medida cautelar de la prisión preventiva oficiosamente, viola el derecho de defensa, contradicción y audiencia del probable responsable o imputado.

En cuanto a su procedencia en momentos procesales, de acuerdo al artículo 154 del Código Nacional de Procedimientos Penales, las medidas cautelares, y por lo tanto, la

⁵⁹ González, Isaac. *Garantismo penal y multiculturalidad*. Propuesta de análisis crítico de la Dogmática penal mexicana y su realidad en la diversidad cultural de México. México, Editorial OBIJUS, 2011, pág. 21.

prisión preventiva procede a petición del Ministerio Público o de la víctima u ofendido en dos instantes procesales, a) Formulada la imputación, el propio imputado se acoja al término constitucional, ya sea éste de una duración de setenta y dos horas o de ciento cuarenta y cuatro, según sea el caso, o b) Se haya vinculado a proceso al imputado.

Por lo que la resolución respecto a las medidas cautelares se realiza en la audiencia inicial y son resueltas por el Juez de Control. La prisión preventiva es la única medida cautelar que no puede combinarse con alguna otra, excepto⁶⁰ el embargo precautorio o la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren en el sistema financiero. *Ahora bien, es el ministerio público quien, en principio, tiene la legitimidad para solicitar al juez que imponga una o más de las medidas cautelares [...]. En ese orden de ideas, es usual que la autoridad ministerial presente su solicitud en la audiencia inicial, después que ha solicitado el auto de vinculación a proceso.*⁶¹ Por lo que el Ministerio Público debe contar con elementos facticos que permitan presumir dichos supuestos, basados en los resultados de la investigación que ya llevó a cabo, no a meras suposiciones en su ideario.

Benavente indica que se deben cumplir tres rubros para que recaiga a la solicitud de prisión preventiva, una imposición por parte del Juez de Control, pero sólo uno de estos es un elemento específico de la medida cautelar, que responde a un riesgo al procedimiento por parte del imputado:

1. La existencia de un hecho delictuoso.
2. La probable intervención del imputado.
3. La presencia de un riesgo procesal, esto es, la existencia de un riesgo real, objetivo e inminente que afecte la eficacia de las investigaciones, la comparecencia del imputado al proceso, la eficacia en el cumplimiento de la sentencia, o bien, cuando existe un riesgo para la víctima, ofendido, testigos, peritos o cualquier miembro de la sociedad.⁶²

Resultan obvios los puntos 1 y 2, pues son elementos que deben establecerse desde el inicio de la investigación para poder ejercer la acción penal, sin embargo, el punto tres es la esencia de la imposición de la medida cautelar, pues la regla general nos indica

⁶⁰ De acuerdo al artículo 157 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁶¹ Benavente, Hesbert. *Op.Cit.* Pág. 118.

⁶² *Ibidem.* Pág. 119.

que se debe acreditar por parte del Ministerio Público el “riesgo” que generaría el imputado.

Éste último punto es donde el Ministerio Público debe poner especial atención, pues debe desarrollar un buen discurso basado en datos de prueba que permitan hacer notar al Juez, la necesidad de imponer dicha medida cautelar en base a un riesgo *objetivo, libre de especulaciones, subjetivismo y prejuicios, así mismo debe ser real e inminente, esto es, con entidad próxima a materializarse, la cual causará perjuicios al normar desenvolvimiento del proceso penal.*⁶³

Circunstancia la cual, en ningún caso es tomada en cuenta en la prisión preventiva oficiosa, pues con materializar la hipótesis normativa, ese riesgo se tiene por acreditado en automático.

¿No se supone que, de acuerdo al artículo 20, apartado A, fracción primera constitucional el cual nos menciona que el objetivo del proceso penal es el esclarecimiento de los hechos, y para poder realizar ese esclarecimiento, el Ministerio Público debe conducir la investigación, de acuerdo a lo contemplado por el artículo 127 del Código Penal Nacional? Lo cual es contrario cuando se impone la prisión preventiva oficiosa, porque en realidad, es una afirmación legal no sujeta a discusión.

Es sólo a través de la realización de una investigación de manera objetiva, que se podrá acreditar el riesgo que pudiera generar el imputado, investigación la cual es nula al momento de la aplicación de la prisión preventiva oficiosa, pues automatizamos la situación de riesgo.

En lo personal, podríamos agregar otro elemento a la lista que nos proporciona Benavente, que el delito merezca pena privativa de libertad, pues es un presupuesto de procedencia constitucional que no puede dejarse de lado, pues carece de sentido imponer la prisión preventiva, si la pena o sanción es meramente pecuniaria.

⁶³ *Ibidem.* Pág. 120.

Sin embargo, con la prisión preventiva oficiosa, no sucede lo mismo, pues únicamente es suficiente que el imputado sea vinculado por alguno de los delitos establecidos en el artículo 19 segundo párrafo constitucional y el 167 párrafo tercero del Código Nacional de Procedimientos Penales, lista que en ningún caso ha sido taxativa y por lo visto, ni lo será, debido a que permite que las leyes generales establezcan los delitos que la ameritan, además de que la Constitución a quedado a merced de las erróneas interpretaciones, dolosas o culposas, de legislador.

Dicho delitos, hasta antes de la discusión del proyecto de iniciativa de reforma del 6 diciembre de 2018⁶⁴ eran de acuerdo a la Constitución: delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud; sin embargo, debemos recordar que en Código Nacional de Procedimientos Penales se regularían los delitos que la ameritarían del Código Penal Federal, por lo que se determinó que dichos tipos penales serían: homicidio doloso, violación, traición a la patria, espionaje, terrorismo, sabotaje, los previstos en los artículos 142, párrafo segundo (instigue, incite o invite a militares en ejercicio) y 145 (agravante cuando el sujeto activo es funcionario o empleado de los Gobiernos Federal o Estatales, o de los Municipios, de organismos públicos descentralizados, de empresas de participación estatal o de servicios públicos, federales o locales, o de órganos constitucionales autónomos), corrupción de personas, pornografía, turismo, lenocinio, pederastia, tráfico de menores y delitos contra la salud.

Sin embargo, para nuestros legisladores no fue suficiente la lista anterior y por esa razón, el 6 de diciembre de 2018, fue presentada por la Cámara de Senadores, la iniciativa de reforma del artículo 19 constitucional, el cual fue aprobado en lo general y en lo particular de los artículos reservados, con 88 votos a favor y 16 en contra⁶⁵, cuya

⁶⁴ Para mayor detalle, consúltese <http://sil.gobernacion.gob.mx/Numeralia/Iniciativas/resultadosNumeraliaIniciativas.php?SID=&Serial=16f09bf98f3adb50ffc3062b83d4d&Reg=4&Origen=IL#3>.

⁶⁵ Para mayor información consúltese: http://sil.gobernacion.gob.mx/Librerias/pp_TramitesAnteriores.php?Asunto=3790202.

lista se agregaron más delitos. La siguiente tabla⁶⁶ nos muestra un panorama general de dicha reforma:

Delito agregado	Senador que formuló la iniciativa	Partido Político	Argumentos Utilizados
Abuso o violencia sexual contra menores.	Sen. Sylvana Beltrones Sánchez.	PRI	“Proveer de seguridad a las víctimas de este tipo de delitos no es viable si la legislación vigente no considera la cárcel preventiva para los delincuentes que incurrir en [...] abuso de menores.” ⁶⁷
El uso de programas sociales con fines electorales.	Sen. Nancy de la Sierra Arámburo	PT	No se encontró.
El robo de transporte en cualquier modalidad.	Sen. Alejandro González Yáñez	PT	“Que el asalto y robo al transporte de carga en todas sus modalidades impacta negativamente en la cadena productiva, el comercio, la libre circulación de mercancías y la inversión privada.” ⁶⁸
	Sen. Sylvana Beltrones Sánchez.	PRI	“La inclusión de nuevas conductas que, siendo especialmente atentarias a la sociedad por su número, reincidencia y consecuencia, deben ser establecidas como meritorias de prisión preventiva oficiosa, como ya está definida para otras en la política criminal del estado mexicano.” ⁶⁹

⁶⁶ Tabla realizada por la autora.

⁶⁷ De acuerdo a su iniciativa “QUE REFORMA EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, ABUSO DE MENORES, ROBO A CASA-HABITACIÓN, TRANSPORTE Y NEGOCIO, COMO DELITOS QUE AMERITAN PRISION PREVENTIVA OFICIOSA, A CARGO DE LA SENADORA SYLVANA BELTRONES SÁNCHEZ DEL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PRI” presentada el 30 de octubre de 2018.

⁶⁸ De acuerdo a la “INICIATIVA QUE REFORMA EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS PARA CONSIDERAR EL FRAUDE ELECTORAL Y LA CORRUPCIÓN COMO DELITOS GRAVES (QUE AMERITAN PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA), A CARGO DEL SENADOR ALEJANDRO GONZÁLEZ YÁÑEZ”

⁶⁹ De acuerdo a su iniciativa “QUE REFORMA EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, ABUSO DE MENORES, ROBO A CASA-HABITACIÓN, TRANSPORTE Y NEGOCIO, COMO DELITOS QUE AMERITAN PRISION PREVENTIVA OFICIOSA, A CARGO DE LA SENADORA SYLVANA BELTRONES SÁNCHEZ DEL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PRI” presentada el 30 de octubre de 2018.

Los delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea	Sen. Eruviel Ávila	PRI	“Existen varios casos, documentados y muchos de ellos conocidos por la opinión pública, que advierten sobre la importancia de determinar la prisión oficiosa tratándose de portación ilegal de armas de fuego. Incluso se ha señalado que existe frustración en las corporaciones de seguridad cuando ven que la persona a la que detuvieron, enfrenta su proceso en las calles.” ⁷⁰
	Sen. Ricardo Monreal Ávila	MORENA	“La sociedad reclama mayor rigor en los procedimientos relacionados con delitos cometidos con el uso de armas de fuego y explosivos, pues lo contrario abona a generar condiciones de impunidad.”
Los delitos cuya media aritmética de la pena exceda de cinco años de prisión (incluidas calificativas, atenuantes o agravantes) en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos.	Sen. Nancy de la Sierra Arámburo	PT	“El robo de combustible supone una actividad ilícita en constante crecimiento, que ocasiona importantes pérdidas económicas (que ascienden a miles de millones de pesos) y que impacta en otras esferas de interés General, diseñando de dicha manera la política criminal aplicable para regular la problemática social que representa la referida conducta, estableciendo el aludido régimen penal especial, con la inherente finalidad de hacer más eficiente el combate al multicitado fenómeno delictivo.
	Sen. Ricardo Monreal Ávila	MORENA	Se precisa una reacción de la misma magnitud por parte del Estado. Se requiere adoptar medidas que manden un mensaje de ineludible respeto a la ley y que desincentiven la participación de las personas en este delito.

⁷⁰ De acuerdo la “Iniciativa Con Proyecto De Decreto Que Presenta El Senador Eruviel Ávila Villegas Integrante Del Grupo Parlamentario Del Partido Revolucionario Institucional En La LXIV Legislatura del Honorable Congreso De La Unión, Por El Que se reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

En materia de corrupción.	Sen. Alejandro González Yáñez		“Que la corrupción y la falta de una adecuada procuración e impartición de justicia genera índices elevados de impunidad y de falta de confianza de las autoridades encargadas de estas funciones de Estado.” ⁷¹
	Sen. Ricardo Monreal		“para atender las problemáticas que tienen consecuencias sociales de alto impacto.” ⁷²
Robo a casa habitación.	Sen. Sylvana Beltrones Sánchez.	PRI	<p>“se realicen adecuaciones al marco jurídico que eviten el fenómeno denominado “puerta giratoria”, en donde las medidas cautelares que se han dado en éstos no han sido suficientes para inhibir la conducta delictiva, sino, por el contrario, al llevarse dichos procesos en libertad, se ha verificado un grave problema de reincidencia por los presuntos infractores.”</p> <p>la omisión su inclusión han puesto en riesgo a mujeres, niños y adolescentes, así como familias, trabajadores, transportistas y locatarios, facilitando la doble victimización, el escalamiento de la violencia, la falta de mecanismos disuasivos y desincentivando la denuncia.</p> <p>Por ello es menester que por ministerio de la norma constitucional, la realización de conductas típicas relacionadas con violencia intrafamiliar, abuso de menores, robo a casa-habitación, transporte y negocio, sean consideradas como justificantes de que un imputado debe permanecer en prisión.</p>

⁷¹ De acuerdo a la “INICIATIVA QUE REFORMA EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS PARA CONSIDERAR EL FRAUDE ELECTORAL Y LA CORRUPCIÓN COMO DELITOS GRAVES (QUE AMERITAN PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA), A CARGO DEL SENADOR ALEJANDRO GONZÁLEZ YÁÑEZ”

⁷² De acuerdo a la “INICIATIVA QUE REFORMA EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS PARA CONSIDERAR EL FRAUDE ELECTORAL Y LA CORRUPCIÓN COMO DELITOS GRAVES (QUE AMERITAN PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA), A CARGO DEL SENADOR ALEJANDRO GONZÁLEZ YÁÑEZ”

	Sen. Juan Antonio Martín del Campo Martín del Campo	PAN	Por ello, es fundamental garantizar que las personas se sientan seguras en el principal lugar de desarrollo personal, su hogar, lugar en el que se desarrollan parte de las actividades familiares y en donde podemos disfrutar de nuestra intimidad y privacidad. Si el Estado no puede garantizar el sentimiento de seguridad en los hogares, no podrá dar el siguiente paso y lograr permear dicho sentimiento en los lugares de carácter público.
Feminicidio	Sen. Martha Lucía Micher Camarena	MORENA A	No se encontraron.

Es así como el 11 de noviembre de 2018⁷³ pasó a la Cámara de Diputados para su revisión y aprobación.

Realizando el análisis de cada una de los argumentos esgrimidos por los senadores, podemos percatar que todos tienen una visión alejada del objetivo de la prisión preventiva, en ninguna se contempla como una alternativa para someter a alguien al procedimiento, sino más bien es tomada como una medida de protección, como resulta con la argumentación de la Senadora Beltrones quien textualmente indica que con su implementación en los delitos de abuso o violencia sexual en menores se le brinda mayor protección, pero no a la víctima, sino a la sociedad, seguida por el senador Ávila, quien coincide en ese punto de vista. Por su parte, otros argumentos van encaminados a darle a la prisión preventiva un objetivo propio de políticas de seguridad pública, como lo sostienen los senadores González, Beltrones, De la Sierra, quienes consideran que con esta medida cautelar debe imponerse por el simple hecho de que ciertos delitos han ido en aumento y es una forma de desincentivar su comisión.

Es así como se empieza a realizar el análisis correspondiente de la exposición de motivos de cada una de las posturas en la cámara de Senadores y se corrobora precisamente lo descrito a lo largo de los capítulos: Se está considerando un objetivo erróneo de la prisión preventiva, pues está siendo utilizado como un mecanismo de

⁷³ De acuerdo a lo establecido en la página de la Cámara de Senadores: http://sil.gob.mx/Librerias/pp_ReporteSeguimiento.php?SID=&Seguimiento=3788288&HistoriaLeg=1&Asunto=3793125.

prevención tanto especial como general, se utilizan argumentos que no tienen relación con la prisión preventiva como medida cautelar.

Estos argumentos falaces y erróneos respecto del uso de la prisión preventiva oficiosa, no como medida cautelar, sino como política pública de seguridad nacional, tuvieron éxito al grado de plasmarse en el texto constitucional a través de la reforma realizada el 12 de abril de 2019, en donde, se agregaron más delitos a dicha lista, realizándose modificaciones al artículo 19 constitucional⁷⁴, quedando de la siguiente manera⁷⁵:

⁷⁴ Publicación en el Diario Oficial de la Federación. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5557700&fecha=12/04/2019. Consultado el 02 de noviembre de 2020.

⁷⁵ Tabla realizada por la autora.

	Delito	Contemplado en los artículos:								
		Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Código Nacional de Procedimientos Penales	Ley Federal contra la delincuencia Organizada	Código Fiscal de la Federación	Código Penal Federal	Ley General Para Prevenir y Sancionar Los Delitos En Materia De Secuestro	Ley General Para Prevenir, Sancionar y Erradicar Los Delitos En Materia De Trata De Personas	Ley General En Materia De Desaparición Forzada De Personas, Desaparición Cometida Por Particulares Y Del Sistema Nacional De Búsqueda De Personas	Ley Federal de Armas De Fuego y Explosivos
1	Abuso o violencia sexual contra menores	19								
2	Delincuencia organizada	19		2o., 2o. Bis y 2o. Ter						
3	Homicidio doloso	19	167, I			302				
4	Al responsable de cualquier homicidio simple intencional que no tenga prevista una sanción especial.		167, I			307				
5	Homicidio doloso si el occiso o suicida fuere menor de edad o padeciere alguna de las formas de enajenación mental		167, I			313				
6	Homicidio calificado		167, I			315				
7	Homicidio sea cometido intencionalmente, a propósito de una violación o un robo por el sujeto activo de éstos, contra su víctima o víctimas.		167, I			315 BIS				
8	Homicidio en razón del parentesco o relación		167, I			323				
9	Feminicidio									
10	Violación	19	167, III			265				
11	Violación equiparada	19	167, III			266				
12	Violación agravada	19	167, III			266 BIS				
13	Secuestro	19					2, 9			
14	Secuestro agravado						10			
15	Secuestro con privación de l vida						11			
16	Omision del servidor público de denunciar delitos en materia de secuestro						17			
17	Sentenciado por secuestro fue servidor público de seguridad pública						18			
	Trata de personas	19	167					7, II		
18	Esclavitud							11		
19	Condición De Siervo							12		
20	Prostitución Ajena u Otras Formas De Explotación Sexual							13 al 20		

	empaques de medicamentos, fármacos, materias primas o aditivos, sus leyendas, información que contenga números o claves de identificación, que se encuentran falsificados, alterados o adulterados.										
84	A quien venda, ofrezca en venta o comercie muestras médicas.										464, ter, IV
85	Al profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud y, en general, a toda persona relacionada con la práctica médica que realice actos de investigación clínica en seres humanos, sin sujetarse a la Ley.										465
86	Al que induzca o propicie que menores de edad o incapaces consuman, mediante cualquier forma, sustancias que produzcan efectos psicotrópicos,										467
87	Al profesional, técnico o auxiliar de la atención médica que sin causa justificada se niegue a prestar asistencia a una persona, en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro su vida.										469
88	Cualquier persona que desvíe del objeto para el cual fueron transferidos o entregados los recursos en numerario o en especie, según el caso, a que se refiere el Título Tercero Bis de la Ley o para la prestación de servicios en materia de salubridad general, si por razón de sus funciones o actividades los hubiere recibido en administraciones o por cualquier otra causa.										469 bis
89	Genocidio		167, II			149 bis					
	Traición a la patria		167, IV			123					
90	Realice actos contra la independencia, soberanía o integridad de la Nación Mexicana con la finalidad de someterla a persona, grupo o gobierno extranjero.					123, I					
91	Tome parte en actos de hostilidad en contra de la Nación, mediante acciones bélicas a las órdenes de un Estado extranjero o coopere con éste en alguna forma que pueda perjudicar a México.					123, II					
92	Forme parte de grupos armados dirigidos o asesorados por extranjeros; organizados dentro o fuera del país, cuando tengan por finalidad atentar contra la independencia de					123, III					

	la República, su soberanía, su libertad o su integridad territorial o invadir el territorio nacional, aun cuando no exista declaración de guerra.										
93	Destruya o quite dolosamente las señales que marcan los límites del territorio nacional, o haga que se confundan, siempre que ello origine conflicto a la República, o ésta se halle en estado de guerra.					123, IV					
94	Reclute gente para hacer la guerra a México, con la ayuda o bajo la protección de un gobierno extranjero.					123, V					
95	Tenga, en tiempos de paz o de guerra, relación o inteligencia con persona, grupo o gobierno extranjeros o le dé instrucciones, información o consejos, con objeto de guiar a una posible invasión del territorio nacional o de alterar la paz interior.					123, VI					
96	Proporcione dolosamente y sin autorización, en tiempos de paz o de guerra, a persona, grupo o gobierno extranjeros, documentos, instrucciones o datos de establecimientos o de posibles actividades militares.					123, VII					
97	Oculte o auxilie a quien cometa actos de espionaje, sabiendo que los realiza.					123, VIII					
98	Proporcione a un Estado extranjero o a grupos armados dirigidos por extranjeros, los elementos humanos o materiales para invadir el territorio nacional, o facilite su entrada a puestos militares o le entregue o haga entregar unidades de combate o almacenes de boca o guerra o impida que las tropas mexicanas reciban estos auxilios.					123, IX					
99	Solicite la intervención o el establecimiento de un protectorado de un Estado extranjero o solicite que aquel haga la guerra a México; si no se realiza lo solicitado.					123, X					
100	Invite a individuos de otro Estado para que hagan armas contra México o invadan el territorio nacional, sea cual fuere el motivo que se tome; si no se realiza cualquiera de estos hechos.					123, XI					
101	Trate de enajenar o gravar el territorio nacional o contribuya a su desmembración.					123, XII					
102	Reciba cualquier beneficio, o acepte promesa de recibirlo, con el fin de realizar alguno de los actos señalados en el					123, XIII					

	artículo 123.										
103	Acepte del invasor un empleo, cargo o comisión y dicte, acuerde o vote providencias encaminadas a afirmar al gobierno intruso y debilitar al nacional.					123, XIV					
104	Cometa, declarada la guerra o rotas las hostilidades, sedición, motín, rebelión, terrorismo, sabotaje o conspiración.					123, XV					
105	Sin cumplir las disposiciones constitucionales, celebre o ejecute tratados o pactos de alianza ofensiva con algún Estado, que produzcan o puedan producir la guerra de México con otro, o admita tropas o unidades de guerra extranjeras en el país.					124, I					
106	En caso de una invasión extranjera, contribuya a que en los lugares ocupados por el enemigo se establezca un gobierno de hecho, ya sea dando su voto, concurriendo a juntas, firmando actas o representaciones o por cualquier otro medio.					124, II					
107	Acepte del invasor un empleo, cargo o comisión, o al que, en el lugar ocupado, habiéndolo obtenido de manera legítima lo desempeñe en favor del invasor					124, III					
108	Con actos no autorizados ni aprobados por el gobierno, provoque una guerra extranjera con México, o exponga a los mexicanos a sufrir por esto, vejaciones o represalias.					124, IV					
109	Al que incite al pueblo a que reconozca al gobierno impuesto por el invasor o a que acepte una invasión o protectorado extranjero.					125					
110	Extranjeros que intervengan en la comisión de los delitos.					126					
	Espionaje		167, V								
111	Extranjero que en tiempo de paz, con objeto de guiar a una posible invasión del territorio nacional o de alterar la paz interior, tenga relación o inteligencia con persona, grupo o gobierno extranjeros o le dé instrucciones, información o consejos.					127					
112	Al extranjero que, declarada la guerra o rotas las hostilidades contra México, tenga relación o inteligencia con el enemigo o le proporcione información, instrucciones o					127					

	documentos o cualquier ayuda que en alguna forma perjudique o pueda perjudicar a la Nación Mexicana.										
113	Al mexicano que, teniendo en su poder documentos o informaciones confidenciales de un gobierno extranjero, los revele a otro gobierno, si con ello perjudica a la Nación Mexicana.					128					
	Terrorismo		167, VI								
114	A quien utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo, material nuclear, combustible nuclear, mineral radiactivo, fuente de radiación o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos, o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, intencionalmente realice actos en contra de bienes o servicios, ya sea públicos o privados, o bien, en contra de la integridad física, emocional, o la vida de personas, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para atentar contra la seguridad nacional o presionar a la autoridad o a un particular, u obligar a éste para que tome una determinación.					139, I					
115	Al que acuerde o prepare un acto terrorista que se pretenda cometer, se esté cometiendo o se haya cometido en territorio nacional.					139, II					
116	A quien encubra a un terrorista, teniendo conocimiento de sus actividades o de su identidad.					139 bis					
117	Al que amenace con cometer el delito de terrorismo					139 ter					
	Terrorismo Internacional		167, VI			148 bis					
118	A quien utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo, material nuclear, combustible nuclear, mineral radiactivo, fuente de radiación o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice en territorio mexicano, actos en contra de bienes, personas o servicios, de un Estado					148, bis I					

	extranjero, o de cualquier organismo u organización internacionales, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para presionar a la autoridad de ese Estado extranjero, u obligar a éste o a un organismo u organización internacionales para que tomen una determinación.										
119	Al que cometa el delito de homicidio o algún acto contra la libertad de una persona internacionalmente protegida.					148, bis II					
120	Al que realice, en territorio mexicano, cualquier acto violento en contra de locales oficiales, residencias particulares o medios de transporte de una persona internacionalmente protegida, que atente en contra de su vida o su libertad.					148, bis III					
121	Al que acuerde o prepare en territorio mexicano un acto terrorista que se pretenda cometer, se esté cometiendo o se haya cometido en el extranjero.					148, bis IV					
122	A quien encubra a un terrorista, teniendo conocimiento de su identidad o de que realiza alguna de las actividades previstas en el Código.					148 ter					
123	Al que amenace con cometer el delito de terrorismo.					148 quater					
124	Sabotaje		167, VII			140 parrafo primero					
125	Al que instigue, incite o invite a militares en ejercicio, a la ejecución de los delitos a que se refiere el Título Primero del Código Penal Federal.		167, VIII			142, párrafo segundo					
126	Al funcionario o empleado de los Gobiernos Federal o Estatales, o de los Municipios, de organismos públicos descentralizados, de empresas de participación estatal o de servicios públicos, federales o locales, o de órganos constitucionales autónomos, que incurran en alguno de los delitos previstos por el Título Primero del Código Penal Federal.					145					
127	Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo.		167, IX			201					

128	Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo		167, IX			202					
129	Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo		167, IX			203 y 203 bis					
130	Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo		167, IX			204					
131	Pederastia		167, IX			209 bis					
132	Tráfico de menores		167, X			366 ter					
	Contra la salud		167, XI			194					
133	Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos, sin la autorización correspondiente.					194, I					
134	Introduzca o extraiga del país alguno de los narcóticos comprendidos en el artículo anterior, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito.					194, II					
135	Aporte recursos económicos o de cualquier especie, o colabore de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos.					194, III					
136	Realice actos de publicidad o propaganda, para que se consuma cualesquiera de las sustancias comprendidas.					194, IV					
137	Al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud.					195					
	Derogado					196 bis					
138	Al que desvíe o por cualquier medio contribuya a desviar precursores químicos, productos químicos esenciales o máquinas, al cultivo, extracción, producción, preparación o acondicionamiento de narcóticos en cualquier forma prohibida por la ley.					196 ter					

139	Al que, sin mediar prescripción de médico legalmente autorizado, administre a otra persona, sea por inyección, inhalación, ingestión o por cualquier otro medio, algún narcótico.					197, párrafo 1					
140	Siempre y cuando la siembra, cultivo o cosecha se hagan con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en las fracciones I y II del artículo 194 del Código Penal Federal.					198, parte primera del párrafo tercero					
	Contrabando		167, segundo párrafo, I	102							
139	Omitiendo el pago total o parcial de las contribuciones o cuotas compensatorias que deban cubrirse.			102, I							
140	Sin permiso de autoridad competente, cuando sea necesario este requisito.			102, II							
141	De importación o exportación prohibida.			102, III							
	Contrabando equiparable		167, segundo párrafo, I	105							
141	Enajene, comercie, adquiera o tenga en su poder por cualquier título mercancía extranjera que no sea para su uso personal, sin la documentación que compruebe su legal estancia en el país, o sin el permiso previo de la autoridad federal competente, o sin marbetes o precintos tratándose de envases O recipientes, según corresponda, que contengan bebidas alcohólicas o su importación esté prohibida.			105, I							
142	Tenga mercancías extranjeras de tráfico prohibido.			105, IV							
143	En su carácter de funcionario o empleado público de la Federación, de los Estados, del Distrito Federal o de Municipios, autorice la internación de algún vehículo, proporcione documentos o placas para su circulación, otorgue matrícula o abanderamiento, cuando la importación del propio vehículo se haya efectuado sin el permiso previo de la autoridad federal competente o de cualquier manera ayude o fomenta la introducción al país o extracción de él de mercancías de comercio exterior en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 102, fracciones I a III del			105, V							

	Código Fiscal de la Federación y a quien omita o impida realizar el reconocimiento de las mercancías.										
144	Importe vehículos en franquicia destinados a permanecer definitivamente en franja o región fronteriza del país o internen temporalmente dichos vehículos al resto del país, sin tener su residencia en dicha franja o región o sin cumplir los requisitos que se establezcan en los Decretos que autoricen las importaciones referidas, o importen temporalmente vehículos sin tener alguna de las calidades migratorias señaladas en el inciso a) de la fracción IV del artículo 106 de la Ley Aduanera o faciliten su uso a terceros no autorizados.			105, VI							
145	Enajene, comercie, adquiera o tenga en su poder por cualquier título sin autorización legal vehículos importados en franquicia, importados a la franja fronteriza sin ser residente o estar establecido en ellas, o importados o internados temporalmente.			105, VII							
146	Omita llevar a cabo el retorno al extranjero de los vehículos importados temporalmente o el retorno a la franja o región fronteriza en las internaciones temporales de vehículos; transforme las mercancías que debieron conservar en el mismo estado para fines distintos a los autorizados en los programas de maquila o exportación que se le hubiera otorgado; o destine las mercancías objeto de los programas de maquila o exportación a un fin distinto al régimen bajo el cual se llevó a cabo su importación.			105, VIII							
147	Retire de la aduana, almacén general de depósito o recinto fiscal o fiscalizado, envases o recipientes que contengan bebidas alcohólicas que no tengan adheridos los marbetes o, en su caso, los precintos a que obligan las disposiciones legales.			105, IX							
148	Siendo el exportador o productor de mercancías certifique falsamente su origen, con el objeto de que se importen bajo trato arancelario preferencial a territorio de un país con el que México tenga suscrito un tratado o acuerdo internacional.			105, X							
149	Introduzca mercancías a otro país desde el territorio nacional omitiendo el pago total o			105, XI							

	parcial de los impuestos al comercio exterior que en ese país correspondan.										
150	Señale en el pedimento nombre, denominación o razón social o la clave del Registro Federal de Contribuyentes de alguna persona que no hubiere solicitado la operación de comercio exterior o cuando estos datos sean falsos; cuando el domicilio fiscal señalado no corresponda al importador, salvo los casos en que sea procedente su rectificación; se señale un domicilio en el extranjero donde no se pueda localizar al proveedor o cuando la información transmitida relativa al valor y demás datos relacionados con la comercialización de mercancías deriven de una factura falsa.			105, XII							
151	Presente ante las autoridades aduaneras documentación falsa o alterada.			105, XIII							
152	Con el propósito de obtener un beneficio indebido o en perjuicio del fisco federal, transmita al sistema electrónico información distinta a la declaración en el pedimento o factura, o pretenda acreditar la legal estancia de mercancías de comercio exterior con documentos que contengan información distinta a la transmitida al sistema o permita que se despache mercancía amparada con documentos que contengan información distinta a la transmitida al sistema.			105, XIV							
153	Viole los medios de seguridad utilizados por las personas autorizadas para almacenar o transportar mercancías de comercio exterior o tolere su violación.			105, XV							
154	Permita que un tercero, cualquiera que sea su carácter, actúe al amparo de su patente de agente aduanal; intervenga en algún despacho aduanero sin autorización de quien legítimamente pueda otorgarla o transfiera o endose documentos a su consignación sin autorización escrita de su mandante, salvo en el caso de corresponsalías entre agentes aduanales.			105, XVI							
155	Falsifique el contenido de algún gafete de identificación utilizado en los recintos fiscales.			105, XVII							
156	Defraudación fiscal		167, segundo párrafo, II	108							

157	Defraudación fiscal equiparable		167, segundo párrafo, II	109							
158	La expedición, venta, enajenación, compra o adquisición de comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados.		167, segundo párrafo, III	113 Bis							

Por lo que, la excepcionalidad se volvió regla en gran parte de los delitos del sistema jurídico mexicano. No sólo se trata de tomar en cuenta los delitos expresamente establecidos en el artículo 19 constitucional, sino incluir todas sus modalidades, por esa razón se realizó la tabla anterior, únicamente para que sirva como referencia de todos los supuestos hipotéticos normativos que finalizan en la imposición de la prisión preventiva oficiosa durante la investigación.

Es un catálogo de delitos con posibilidad de seguir creciendo a criterio del legislador, además de mencionar que, en lo que respecta a los delitos graves que determine la ley en contra de la Seguridad de la Nación, si analizamos de manera textual, en realidad dicha Ley no contempla ningún delito considerado como grave de acuerdo a la regla establecida en el artículo 150, fracción primera del Código Nacional, sino que únicamente se limita a mencionar en su artículo 5, fracción XIII cuales son las “amenazas” a la Seguridad de la Nación, por lo que no se cumple con la exigencia Constitucional para haber reformado el 08 de noviembre de 2019 el artículo 167, segundo párrafo del Código Nacional de Procedimientos, en donde se agregaron varios delitos previstos en el Código Fiscal de la Federación que ameritan prisión preventiva oficiosa, rompiendo con la supremacía constitucional al ir un Código más allá de lo establecido en la Carta Magna.

Todo lo anterior, genera a las personas un estado de incertidumbre jurídica, pues seguimos en espera de que las leyes generales establezcan las modalidades en donde procede la prisión preventiva oficiosa, por lo que se obliga al juez a imponerla, aunque el caso en específico no la amerite. ¿En dónde queda la imparcialidad y razonamiento jurídico que debe realizar el Juez? ¿En dónde queda el principio de proporcionalidad y menor lesividad? La figura rompe con años de evolución jurídica, pues el Juez debe imponerla de manera automatizada, alejándose de la protección del imputado en cuanto a sus derechos humanos, análisis que se realizará más adelante.

B.7 Duración

De acuerdo a lo establecido en el artículo 20 Constitucional, inciso B, penúltimo párrafo, nos establece varios elementos respecto a la duración de la prisión preventiva, a) No

puede exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y b) En ningún caso será superior a dos años.⁷⁶

En el primer caso nos encontramos en el supuesto que el delito sea catalogado como no grave, debido a que la pena máxima es menor a dos años, lo cual considero en cierto grado innecesario o que es mejor reformar dicho inciso, pues realizando una búsqueda específica en el Código Penal del Distrito Federal, son muy pocos los delitos que entran en este supuesto, de contar con una penalidad menor a los dos años, por ejemplo, podemos encontrar el tipo de aborto establecido en el artículo 145 con una penalidad de tres a seis meses, las amenazas del artículo 209 que establece una sanción de tres meses a un año y el delito de ejercicio ilegal de un derecho que regula el artículo 288 que indica una sanción de tres meses a un año, por lo que son casos muy específicos, en donde la prisión preventiva sería menor a los dos años.

Sin embargo, en nuestras legislaciones se nos establece el parámetro máximo de aplicación, pero ¿cuál es el mínimo? Una cuestión interesante, ya que como hemos mencionado, la prisión preventiva debe imponerse con base a dos cuestiones, la necesidad de cautela y el riesgo fundado. Y ¿Qué debemos entender por cada uno de estos conceptos?

El artículo 153 del Código Nacional de Procedimientos Penales únicamente contempla la frase por el tiempo indispensable, por esa razón, respecto a este tema se han emitido Tesis Aisladas⁷⁷ que regulan precisamente la duración mínima de la prisión preventiva, en base a ciertos criterios a analizar en el contexto de los hechos posiblemente constitutivos de delito, los cuales son 10:

1. Probabilidad de que el acusado cometió un delito merecedor de pena carcelaria. La cual debe estar acreditada con datos y medios de prueba a través de la posible comisión o participación del imputado y la existencia de hechos posiblemente constitutivos de delito, los mismos que sirvieron para decretar el auto de vinculación a

⁷⁶ Salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado.

⁷⁷ Consúltense las señaladas con los números 2001430 y 2001493.

proceso, es decir, que no exista duda de que el imputado está involucrado y los datos posiblemente den para abrir la etapa de juicio.

2. *Riesgo de fuga o evasión de la acción de la justicia.* El cual es realmente el espíritu de la medida cautelar, la acreditación de sustracción de la acción de justicia por parte del imputado, mismo que únicamente se logrará a través de un proceso de investigación objetivo y efectivo, la cual con la prisión preventiva oficiosa no es necesario, pues el proceso de investigación es nulo para acreditar el riesgo de sustracción, pues el juez la impone de manera automatizada, tal es así que el artículo 168, fracción II del Código Nacional de Procedimientos Penales cae en un absurdo cuando “presume” que cuando el imputado está siendo procesado por un delito con una penalidad alta, se sustraerá de la acción de la justicia, lo cual es un argumento falaz de tipo causa falsa⁷⁸, pues el hecho de dar por cierto que la pena alta generará sustracción, es un error en la argumentación .

3. *Riesgo de comisión de nuevos delitos, en donde el riesgo debe ser real.* ¿Realmente podemos saber si el imputado cometerá otro delito? Al igual que los dos supuestos anteriores, es indispensable contar con datos y medios de prueba que acrediten esa situación,

4. *El acusado puede impedir el curso normal del proceso judicial.* Es decir, genere acciones que no permitan que se lleve a cabo el procedimiento penal bajo los principios de justicia pronta y expedita para la víctima.

5. *Viabilidad de presión sobre los testigos.* Esta hipótesis sobre todo responde a la protección que le brinda a quienes aporten información a la investigación, aunque diferimos un poco, pues la protección a la víctima no se realiza únicamente con la privación de la libertad del imputado, sino que deben establecerse otros mecanismos más viables, pues el imputado no es la única persona que podría intimidar al testigo, sino inclusive otras, en este caso, la prisión preventiva carecería de toda importancia,

⁷⁸ Según Irving Copi, esta falacia se refiere al error de concluir que un evento es causado por otro simplemente porque sigue al primero.

es por esa razón que el riesgo debe derivar de una investigación exhaustiva, en donde sea realmente el imputado quien genere esa intimidación.

6. *Preservación del orden público.* Este es un supuesto demasiado amplio, que consideramos podría vulnerar gravemente el respeto a los Derechos Humanos del imputado, pues ¿Cómo acreditaríamos que con la privación de la libertad no se dañará el orden público? Y sobre todo ¿qué se considera dentro del orden público? ¿Todo delito vulnera el orden público? Para eso es necesario remitirnos a una definición respecto de éste concepto tan ambiguo. El orden público es:

El conjunto de principios, normas y disposiciones legales en que se apoya el régimen jurídico para preservar los bienes y valores que requieren de su tutela, por corresponder éstos a los intereses generales de la sociedad, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, y hacer así prevalecer dichos intereses sobre los de los particulares.⁷⁹

Por lo tanto, es un cúmulo de intereses individuales basados en los valores de una sociedad, los cuales deben ser cuidados con cierto mecanismos jurídicos, sin embargo, debemos resaltar que no existe una sociedad uniforme, sino que somos un conjunto de sociedades distintas, una sociedad plural, por lo cual resulta un poco complicado establecer un único bloque de valores a proteger.

Por lo cual, nos podríamos atrever a mencionar que el orden público es el designado por los grupos que ejercen el poder, en la mayoría de las ocasiones sin consultas realizadas a los miembros de la misma, por lo que es resultado de una decisión unilateral y autoritaria.

Ahora, regresando a la hipótesis normativa correspondiente a la preservación del orden público, éste último es designado por el legislador, por lo que él es quien decide que entra o no, sin establecer parámetros claros acerca de su decisión.

7. *Debida diligencia en la sustanciación del procedimiento.* Esta hipótesis se refiere a que la medida cautelar de la prisión preventiva del imputado permita que se lleve a cabo el procedimiento sin demoras u obstáculos, además de que permita realizar las

⁷⁹ Domínguez, José Alfredo. *Orden público y autonomía de la voluntad*. México, UNAM, s. d, pág. 83.

diligencias correspondientes que permitan el desarrollo de manera eficaz. Sin embargo, no en todas las ocasiones es necesario que el imputado se encuentre privado de la libertad para que se le lleve a cabo alguna comparecencia o el desarrollo de otras diligencias que permitan acreditar la probable comisión o participación de ciertos hechos constitutivos de delito, sino que se pueden emplear otras medidas cautelares menos lesivas que pueden ayudar a obtener el mismo resultado.

8. Motivos expuestos por las autoridades judiciales para justificar la continuación de la medida. Esta es una de las hipótesis más importantes, pues empieza a concatenar la necesidad con la proporcionalidad, es decir, el Ministerio Público debe acreditar a través de la investigación, no sólo la continuación de la prisión preventiva, sino inclusive su cese, pues debemos reiterar que el objetivo de la investigación es el esclarecimiento de los hechos, y una vez logrado este objetivo podremos determinar la culpabilidad del imputado, incluyendo la medida cautelar.

Si se realizaron las diligencias correspondientes, si no hay manera de acreditar el “peligro” del imputado, no existe la necesidad de continuar con dicha medida cautelar, situaciones no se toman en cuenta en la prisión preventiva oficiosa, en donde no se proporciona la información necesaria que permitirá analizar cada caso de manera individual, para decretar la necesidad y proporcionalidad de la prisión preventiva.

9. Ejercicio efectivo del derecho de defensa. Esta situación queda totalmente a criterio del imputado, en donde puede solicitar a través de la defensa, que se prolongue la prisión preventiva cuando le genera un beneficio, por mencionar, posiblemente cuando es el imputado quien está en una situación de riesgo sobre su integridad o la obtención de pruebas de descargo.

10. Lapso constitucional de duración del juicio. De acuerdo al artículo 20 constitucional y tal como lo hemos mencionado, esta medida cautelar no debe exceder del tiempo que como máximo de pena fija la ley motivo del proceso penal.

Por otro lado, como rango máximo el legislador estableció que no puede exceder los dos años, aunque es importante mencionar que existe la tesis aislada 2013848 emitida por un Tribunal Colegiado de Circuito que indica que la prisión preventiva en delitos de

alto impacto, en específico Delincuencia Organizada y Secuestro, puede ser en cuanto a la temporalidad, mayor a dicha regla establecida en la Constitución, la cual está dividida en dos partes. La primera que es una parte justificativa, con apoyo de la jurisprudencia 2006224⁸⁰ que desarrolla el tema de la supremacía constitucional cuando hay restricción expresa al ejercicio de un derecho humano. La segunda indica que estos delitos se encuentran en un régimen de excepción, en donde el derecho a la libertad provisional y otras medidas cautelares, como excepción a la prisión preventiva, conforme al artículo 19 constitucional, es improcedente ordenar el cese de la prisión preventiva y la imposición de una medida cautelar distinta, aun cuando su duración excediera del plazo de dos años, sin que se haya emitido la sentencia definitiva correspondiente.

Es decir, perdemos nuestro principio de exacta aplicación de la ley contemplado en nuestro artículo 14 constitucional, pues empezamos a generar supuestos que rompen con la excepción de la imposición de la medida cautelar.

Por lo que sería un grave riesgo que se emitiera una jurisprudencia de tal magnitud, en donde se supera la duración indicada por la Carta Magna, en pro de los delitos de alto impacto, dejando en situación de indefensión e incertidumbre jurídica a quien esté sujeta a ella, alejándonos de lo establecido en los Tratados Internacionales, sin embargo en 22 de marzo de 2019 se publicó otra tesis aislada, la correspondiente al registro 2019554⁸¹, que contempla una interpretación exactamente contraria, misma que indica que no existe razón que justifique la prolongación constitucional de la prisión preventiva, ya sea, oficiosa o justificada, pues la autoridad no puede prolongarla más allá del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y,

⁸⁰ Nos menciona que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado

⁸¹ Con el título: PRISIÓN PREVENTIVA. PROCEDE ORDENAR SU CESE Y LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR DISTINTA, CUANDO SU DURACIÓN HA EXCEDIDO EL PLAZO DE DOS AÑOS, SIN QUE ELLO DERIVE DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO, SINO DE OTRA CIRCUNSTANCIA, COMO LA SOLUCIÓN DE UN CONFLICTO COMPETENCIAL SUSCITADO EN LA CAUSA.

en ningún caso, superior a dos años, en el caso concreto originario de dicha tesis, un conflicto competencial, por lo que el órgano jurisdiccional está obligado a ordenar su cese, y poner de inmediato en libertad al imputado mientras se sigue el proceso, permitiendo la posibilidad de utilizar otra medida cautelar que cumpla la finalidad de someter al imputado al procedimiento penal.

¿En dónde podríamos encontrar la respuesta legal y materilizable a nuestro problema de maximización del derecho penal, mismo que se aleja de nuestros parámetros internacionales en Derechos Humanos? La respuesta posiblemente está en nuestros controles de Constitucionalidad y Convencionalidad, los cuales se estudian a continuación.

B.8 Constitucionalidad y Convencionalidad

La convencionalidad en un sistema jurídico, implica que el Juez de un Estado miembro se reviste de características propias de un juez de convención, es decir, su finalidad es la protección de la aplicación de los tratados y convenios internacionales de los que México es parte, que con ayuda del control difuso de convencionalidad, puede inaplicar algún artículo dentro de nuestro sistema jurídico que considere se encuentre en contra de algún tratado internacional.

En forma específica, el “control de convencionalidad”, refiere a la obligación judicial que tienen los órganos jurisdiccionales internos de aplicar el Pacto Internacional sobre derechos humanos, conllevando incluso la de inaplicar las normas que la contravengan. Técnicamente alude a un mandato realizado a los jueces nacionales, exhortando a controlar en cada uno de los fueros y materias la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁸²

Tal como lo indica la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, entran al bloque de derechos y garantías establecidas en la Constitución, por lo que ahora forman parte de las normas que el juez debe proteger.

Desde esta perspectiva, adquieren mayúscula envergadura tanto las normas de protección, como los principios, que pueden estar fuera de la Constitución, tal lo

⁸² Villalba, Pablo. *Derecho Procesal Constitucional. Contenidos esenciales*. Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2016. Pág. 284.

ocurrido con la Convención Americana de Derechos Humanos al contener sesgos y matices particularísimos que repulsa ser soslayada cuando se aplica la norma al caso concreto en las distintas casuísticas, de allí la trascendencia del Control de Convencionalidad. Con razón en esta coyuntura, los derechos humanos direccionan y orientan el actuar de los Estados, tanto en su respeto irrestricto, como en la obligatoriedad de garantizarlos.⁸³

Pues de acuerdo al principio del *pacta sunt servanda*, establecido en los artículos 1, 2 y 29 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, y el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuya denominación en la doctrina se considera de contenido esencial de los derechos fundamentales, ahora México debe establecer los mecanismos para que dichos Tratados Internacionales, en específico los que tratan acerca de Derechos Humanos y contienen los mismos, formen parte de ese bloque de constitucionalidad, *ocurre que al momento de positivizar los Derechos humanos, el Estado se obliga a acatar el sistema de protección con el único límite de no violentar normativas constitucionales, que continuarán exhibiendo la característica de Supremacía constitucional expresamente consagradas.*⁸⁴ Es decir, nos alejamos de la tendencia positivista, en donde únicamente se podían invocar derechos humanos contemplados de manera expresa en la ley, proporcionándonos mecanismos fácticos para invocarlos, en este caso, al regulación de la prisión preventiva en protección del derecho de libertad.

Es importante mencionar que el origen del término convencionalidad se atañe a los fallos emitidos, sobre todo por el Dr. García Ramírez, el cual en una discusión realizada en la Corte IDH, empezó a utilizar el término.

Existe consenso entre los doctrinarios, en otorgar la paternidad del término “Control de convencionalidad” a Sergio García Ramírez (México), ex juez y presidente de la Corte IDH, que lo utiliza por vez primera en un voto razonado emitido en el caso de Myrna Mack Chang vs Guatemala, suponiendo una institución de origen reciente y en plena etapa de consolidación y afirmación. En el marco de esta primera casuista, afincó el término control de convencionalidad, que poco a poco fue utilizado en los demás casos posteriores.⁸⁵

⁸³ *Ibidem.* Pág. 287 y 288.

⁸⁴ *Ibidem.* Pág. 288.

⁸⁵ *Ibidem.* Pág. 291.

Término el cual tiene por objetivo principal el de obligar a los jueces a adherirse a las regulaciones internacionales convencionales en materia de derechos humanos en todos sus fallos emitidos, es decir, al elevar a rango constitucional el carácter de derechos humanos, nos encontramos frente a un amplio marco de acción, el cual fue ampliado en la reforma realizada en 2011, en donde no solo debemos invocar los derechos establecidos de manera expresa en la constitución, sino que también aterrizar los establecidos en nuestros mecanismos jurídicos internacionales.

La manera de invocarlos puede ser por dos vías, solicitarle al legislador que los plasme de manera expresa en nuestras legislaciones o invitar al juzgador que haga uso de ellas a través del control difuso de convencionalidad.

El control difuso de convencionalidad consiste en una facultad otorgada a los jueces en todos los ámbitos de competencia, bajo el principio *pro persona*, a ejercer un control de convencionalidad en sus fallos, los cuales no deben ser contrarios a lo establecidos en los tratados internacionales, teniendo la facultad incluso de inaplicar o aplicar ciertos artículos que amplíen la esfera de protección del individuo, pues esta tarea de control legal no queda supeditada solo a la Comisión Interamericana o a la Corte Interamericana, sino que los Estados deben adoptarla a través de sus jueces, *De esta suerte, conferir al mayor rango de efectividad a la tutela de las garantías fundamentales*⁸⁶ sin importar en donde se encuentren contempladas, pues el hecho de quedarnos con el ámbito de forma, más allá del de fondo, genera la violación de derechos humanos tal como sucede en México y varios países de todo el mundo.

El control de convencionalidad, permite generar un bloque de protección de derechos más amplio, sobre todo cuando nos encontramos en sistemas jurídicos pseudogarantistas, es decir, sistemas legales que aparentan la protección de los derechos humanos, pero con sistemas penales de excepción, como México. La convencionalidad es una respuesta compensatoria, pues permite que las normas generadas por los Estados no vayan en contra de los postulados primordiales, el control de convencionalidad *propende a que las disposiciones convencionales que contienen*

⁸⁶ *Ibidem*. Pág. 298.

*un mayor grado de protección no sean dejadas de lado. Intenta rescatar el efecto útil de la Convención, que sirve como parámetro de convencionalidad en forma directa.*⁸⁷

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha indicado que la prisión preventiva no es contraria a los derechos humanos, sobre todo al derecho a la presunción de inocencia, y por lo tanto, no contraria al orden constitucional⁸⁸, tal afirmación se sustenta en la emisión de la jurisprudencia 2006224 en donde establece que, como sabemos, en materia de derechos humanos no existe una jerarquización entre la Constitución y los Tratados Internacionales, pues los contenidos en ambos cuerpos jurídicos conforman un gran catálogo de derechos humanos o bloque, el tema respecto a las restricciones al ejercicio de los mismos que existan en la Constitución, siempre responderán a lo que indique la Carta Magna, añadiendo que los derechos humanos, en su conjunto, sólo deben constituir un parámetro de control de regularidad constitucional, es decir, el margen que no debe ser rebasado por la constitución y mediante el cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano, todo esto debido a que es necesario defender su supremacía constitucional derivada de la soberanía del Estado Mexicano.

[...] cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado⁸⁹ [...]

Es un tema discutible, pues a través de dicha jurisprudencia se justifica no ceñir nuestro sistema jurídico a lo convenido en tratados internacionales, dejando abierta la posibilidad de “no respetar” los derechos humanos, afirmar que dicha figura se conservará en nuestro sistema legal por varios años más a pesar de las

⁸⁷ *Ibidem*. Pág. 314.

⁸⁸ Algunos autores afirman que viola el artículo 14 Constitucional el cual establece: Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho, pues indica que nadie puede ser privado de la libertad, únicamente a través de juicio concluido y con sentencia condenatoria.

⁸⁹ Tesis: P. /J. 20/2014 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. 2006224. Pleno Libro 5, Abril de 2014, Tomo I Pág. 202 Jurisprudencia(Constitucional)

recomendaciones de regulación de la misma, sin embargo, si prestamos atención a lo argumentado por nuestros Ministros de la Corte al tener esta contradicción de tesis, indican que, para que subsista dicha restricción al ejercicio, debe cumplir ciertas características que derivan de la sentencia emitida en el Caso Castañeda Gutman vs. México donde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo:

La Corte ha precisado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la convención [...]: 1) Legalidad de la medida restrictiva. 176. El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que **las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley.** La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material.⁹⁰

Características que distan mucho de las establecidas en el ordenamiento jurídico mexicano, al no existir taxatividad, legalidad ni seguridad jurídica, además tal como lo establece el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la imposición de la prisión preventiva debe ser la excepción y nunca la regla, principalmente por la característica restrictiva.

La legalidad es el principal tema a discutir, pues recordemos que tiene como finalidad proporcionar seguridad jurídica a los individuos a través de dos ámbitos: permitir la previsibilidad de las consecuencias de los actos propios, es decir, si caemos en la hipótesis normativa, podemos determinar cuál será el resultado o consecuencia de nuestro actuar y excluir la arbitrariedad de la autoridad para sancionar a las personas, pues se le establecen márgenes de actuación que regulan dichas consecuencias.

En primer lugar, porque en lo que respecta a la prisión preventiva oficiosa, no existen disposiciones que regulen esa restricción, pues la imposición de la medida cautelar para la restricción de la libertad durante el proceso penal es obligatoria, no hay más regulación que encontrarse sujeto a investigación por algún delito que está dentro del catálogo del 19 constitucional, así como establece parámetros máximos, pero no las

⁹⁰ Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. 41362. Pleno. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 192. Consultado en línea. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=41362&Clase=VotosDetalleBL>.

condiciones para establecer los mínimos, no analizamos el contexto, presumimos la peligrosidad debido a que no hay elementos que permitan acreditarlo, entre otras cuestiones.

Respecto a la duración de la prisión preventiva y los parámetros que deben tomarse en cuenta para su imposición, confirme, modifique o revoque, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 2/97 sobre prisión preventiva realizado debido a la situación de incertidumbre jurídica que se vivía en Argentina respecto a la duración de la dicha medida cautelar, por lo que estableció ciertos parámetros a tomar en cuenta del caso en específico para la misma, dividiéndolas en dos grandes rubros:

- a) La justificación: Este elemento es precisamente el más importante, pues como se mencionó anteriormente, la prisión preventiva debe utilizarse de manera extraordinaria, es decir, que debemos agotar antes otras medidas cautelares para llegar a ésta, por lo que debe estar verificada la imposición. Así mismo indicó que deben considerarse los siguientes criterios:
 - a. Presunción de culpabilidad: materializado a través de datos y medios de prueba que permitan presumir que los hechos son posiblemente constitutivos de delito y que el sujeto realizó su comisión o por lo menos participó.
 - b. Riesgo de fuga: siempre deben considerarse elementos materiales que apoyen el argumento de que el sujeto se sustraerá de la acción de la justicia, no realizar simplemente un silogismo en el mundo imaginario, sino que cada elemento debe estar presente en el mundo fáctico. El hecho de argumentar con elementos en donde “sólo creemos” no es para nada ideal.
 - c. Riesgo de comisión de nuevos delitos: ¿Cómo determinar si una persona volverá a delinquir? ¿Y si es el primodelincuente? ¿No pasamos ya a un derecho penal de acto y no de autor? Son cuestiones interesantes que no siempre encuentran una respuesta correcta, sin embargo se establece que el riesgo de reiteración debe ser real y no sólo afirmaciones dogmáticas, para lo cual sí deben considerarse características personales en cuanto al contexto del probable responsable.

d. Necesidad de investigar y posibilidad de colusión: Realmente debe acreditarse que el probable responsable es un obstáculo material en la investigación.

e. Riesgo de presión sobre los testigos: De manera similar a la hipótesis anterior, el probable responsable debe ser un impedimento para la investigación, en este caso, impedimento para la recolección de los medios de prueba.

f. Preservación del orden público: Esta característica solo procedería en delitos que realmente pongan en riesgo la paz y seguridad pública, yendo más allá de un mecanismo utilitarista de prevención especial negativa de la pena.

b) Analizarse si las actuaciones fueron realizadas con la debida diligencia. Una vez que agotamos las cuestiones de fondo, debemos enfocarnos en las cuestiones de forma, protegiendo el derecho a un debido proceso, junto con todas las demás garantías que ésta implique.

Si no acatamos estas características, la figura de la prisión preventiva puede resultar arbitraria y alejada de los derechos humanos, que es lo que precisamente sucede con la prisión preventiva oficiosa mexicana, pues como ha quedado explicado anteriormente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indica que a partir de la interpretación realizada al contenido del artículo 7.5, de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, podemos afirmar que los únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva son: los riesgos de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial, no cuestiones de política criminal, no cuestiones de implementación de prevención general o especial negativa, pues vulneraría gravemente la certeza jurídica de las personas, aplicando de manera arbitraria figuras que no cumplen las finalidades por las que fueron creadas.

Además de que la prisión preventiva oficiosa no toma en consideración las características establecidas en tratados y convenios internacionales, las cuales son la necesidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, mismos que toman sus elementos fácticos de aplicación del contexto en el que se desarrollan los hechos posiblemente constitutivos de delito, nunca del tipo de delito que se cometa, tal como lo establece nuestra Constitución.

Respecto al tema, Benavente afirma que en especial la prisión preventiva oficiosa no es una interpretación correcta de lo establecido constitucionalmente:

Afirmar que por el solo hecho que el delito que se le formuló imputación al indiciado es homicidio doloso, secuestro o violación, ya implica el deber de imponerle a éste último la prisión preventiva, es una lectura no correcta del bloque de constitucionalidad, conformada tanto por la Ley Fundamental. Los Tratados Internacionales que en materia de derechos humanos firmó México y la interpretación que, para el caso del Pacto de San José, realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, e implicaría una pena adelantada proscrita en nuestro sistema de justicia penal.⁹¹

Interpretación que será desarrollada a continuación.

B. La prisión preventiva en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Tal como lo hemos establecido anteriormente, la prisión preventiva está establecida en el artículo 19 constitucional, sin embargo antes de la reforma de 2008, en el mismo artículo dicha figura no aparecía de manera expresa, sino que más bien, existía una regulación de la detención ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales de manera similar a la que notamos en el apartado de antecedentes, mencionado anteriormente.

En la actualidad, respecto a la prisión preventiva se establece lo siguiente en el mismo artículo 19 constitucional, donde ya aparece de manera expresa esta medida cautelar, donde podemos rescatar ciertos elementos propios que el legislador considera como específicos de la prisión preventiva:

- a) Lo solicita el Ministerio Público. Pues hay que recordar que el mayor interesado en que se cumpla la finalidad de una medida cautelar es precisamente esta parte en el procedimiento, pues debe velar por los intereses de la sociedad y de la víctima u ofendido, aunque debemos recordar que en el momento que la víctima u ofendido ya son parte en el procedimiento penal, pueden tener acción en el mismo, por lo que de acuerdo a los artículos 154 y 155 del Código Nacional

⁹¹ Benavente, Hesbert. *Op.Cit.* Pág. 124.

Procedimental, también pueden estos últimos solicitarla, lo cual se analizará más adelante.

- b) Cuando otras medidas cautelares no sean suficientes. Es decir, que sea la última medida a utilizar y no la primera opción, rescatando su carácter extraordinario, carácter del que debe estar consiente el Ministerio público y el juzgador, regresando al principio de necesidad de la medida cautelar.
- c) Para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio. Esta característica es una finalidad por la que se debe justificar la medida cautelar de la prisión preventiva, pues esta debe de funcionar para que el imputado de manera segura, este sometido a la jurisdicción del ámbito penal.
- d) El desarrollo de la investigación. Segunda finalidad de la prisión preventiva, que conlleva la protección de los actos propios de la investigación en el procedimiento penal, por ejemplo la eliminación o alteración de pruebas.
- e) La protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad. Tendiente a brindar seguridad en cuanto a la integridad física y psicológica de demás partes que forman parte del proceso penal.
- f) El imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Este elemento llama la atención, debido a que se aleja de las finalidades propias de las medidas cautelares y se enfoca únicamente en un derecho penal de autor, en donde la peligrosidad se presume a partir de supuestos, pues es importante mencionar que no todo sujeto imputado que se encuentre en esa situación, necesariamente se sustraerá de la justicia, sino que depende demostrar al Ministerio Público, demostrar la necesidad de la prisión preventiva, alejado de suposiciones de riesgo por las características de antecedentes penales del imputado, sino que se debe tomar en cuenta las características del caso en específico.

Ahora las características especiales de la prisión preventiva oficiosa:

- a) El juez ordenará la prisión preventiva. Por lo que este supuesto el Ministerio público sale del marco de actuación en esta medida cautelar, por lo menos en

la solicitud de la misma,⁹² y es obligatoria, pues ni siquiera indica que el juez “considerará”, sino que las establece como una acción a realizar sin que tome en cuenta las características del caso en concreto.

- b) Oficiosamente. Es decir, que el juez tiene la dirección de tomar ciertas decisiones sin la necesidad de que lo soliciten las partes.
- c) En los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Que es el catálogo no taxativo respecto a los casos donde el Juez tiene esa obligación de imponer la prisión preventiva.

C. La prisión preventiva en Código Nacional de Procedimientos Penales.

En el Código Nacional de Procedimientos Penales, la prisión preventiva está regulada en los artículos 19, 21, 113, 140, 145, 150, 153, 155, 157, 164, 165, 166, 167, 171, 174, 313, 314, 406 y 420.

Lo relevante a destacar en el Código Nacional, es que a diferencia de la prisión preventiva establecida constitucionalmente, empieza a añadir elementos alejados del espíritu del legislador que ponen en riesgo el derecho de seguridad jurídica tiene el sujeto dentro de todo procedimiento penal.

Como ya quedo establecido en líneas anteriores, la prisión preventiva es una medida cautelar, por lo que resulta obvio aplicar las características, tanto generales como específicas de las mismas, contempladas en las legislaciones internas, como en los tratados y convenios internacionales.

De acuerdo a postulados internacionales, se deben de seguir tres principios para la aplicación de la prisión preventiva en las legislaciones: la proporcionalidad, la necesidad

⁹² Vuelve a aparecer en el caso que el Ministerio Público solicite al juez no imponerla y sustituirla por otra medida cautelar, por no resultar proporcional, de acuerdo al artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

y la razonabilidad⁹³. De estas tres características, nuestro Código Nacional solo regula explícitamente el principio de proporcionalidad, el cual lo encontramos en el artículo 156, en donde se indica precisamente que el Juez de control, al imponer cualquier medida cautelar, entre ellas la prisión preventiva, deberá tomar en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el Ministerio Público realice, lo cual no sucede con la prisión preventiva oficiosa, pues el artículo 167 del mismo ordenamiento indica que la misma únicamente se *ordenara*, sin tomar en cuenta el contexto en que se suscitaron los hechos posiblemente constitutivos de delito, por lo que la prisión preventiva se impone, mas no se decreta, es decir, es una mera obligación exigida al Juez por parte del legislador que violenta gravemente el principio de proporcionalidad, derecho de audiencia, derecho de defensa, entre otros, pues el hecho de que se aplique de manera automática por parte de juzgador, se aleja totalmente del carácter excepcional de la prisión preventiva.

Además, regresando al artículo 156, se indica que el juez debe aplicar las medidas cautelares, en este caso, la prisión preventiva bajo un criterio de mínima intervención, es decir, debemos recordar que el principio de mínima intervención va ligado con el de lesividad, el cual, no únicamente debe quedarse en la sanción de las conductas que lesionan gravemente el tejido social, sino extenderse a las medidas cautelares, sobre todo la prisión preventiva, que aunque no son penas aún decretadas, lesionan el bien jurídico de la libertad del sujeto, en atención a lo establecido en el artículo 19 constitucional, en donde es necesario que la autoridad materialice en la justificación de su resolución, las razones por las que la prisión preventiva es la menos lesiva para el probable responsable, acusado o imputado.

¿Cómo determina el Juez la idoneidad y proporcionalidad de la medida?, tal como lo mencionamos anteriormente, el Ministerio Público debe proporcionar los datos fácticos de que realmente el probable responsable caerá en algunos de los supuestos que protege la prisión preventiva y que no se quedará en un enunciamiento dogmático, dicha materialización se realiza a través de la denominada *evaluación de riesgo*, el cual

⁹³ Según lo establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humano en la presentación de su Guía Práctica para reducir el uso de la Prisión Preventiva.

es el análisis de los datos socioambientales de las personas relacionadas con un proceso penal con el objeto de determinar si representan riesgo de sustraerse de la acción de la justicia, de afectar la integridad de la víctima, testigos o comunidad o de obstaculizar la investigación ministerial⁹⁴. La evaluación de riesgo no puede realizarse de manera arbitraria, sino que debe establecerse bajo ciertas características que lo revistan de objetividad, imparcialidad y neutralidad.

Tal como lo indica la Comisión Nacional de Derechos Humanos, al momento de realizar la propuesta de medidas cautelares y realizarse la aplicación por parte de las autoridades de cualquier ámbito competencial, se debe realizar el análisis pertinente de las características desde cada situación en particular, empezando por el estudio de riesgo.

En el estudio de riesgo se debe examinar la existencia de un riesgo extraordinario o extremo, es decir, que *atenta contra el derecho a la seguridad personal de la víctima o testigo y es necesario que el Estado adopte medidas especiales y particulares para evitar que se vulneren sus derechos fundamentales.*⁹⁵

Circunstancias de riesgo que se materializan en las hipótesis siguientes: tiene que ser un riesgo específico e individualizable, es decir, que debe tomarse en cuenta el contexto en el que sucedieron los hechos y a la persona, por lo que no se debe categorizar de manera específica o delimitada, tal como lo realiza el legislador en la prisión preventiva oficiosa de nuestro sistema mexicano, la cual establece un catálogo, ni siquiera taxativo de delitos, sin tomar en cuenta el contexto.

Debe ser real, es decir, estar concretamente fundado en acciones o hechos particulares, sujetos a comprobación para que no se queden en el mundo ideario. Debe tener la cualidad de estar presente, es decir, debe ser actual, por lo que no debe ser ni remoto ni eventual. Realmente debemos encontrarnos en una situación donde mínimo exista una amenaza para lesionar bienes o intereses jurídicos valiosos para la persona

⁹⁴ De acuerdo al sitio web http://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/medidas_cautelares/evaluacion/ del Tribunal superior de Justicia de la ciudad de México.

⁹⁵ Comisión Nacional de los Derechos Humanos. *Guía Para Implementar Medidas Cautelares En Beneficio De Defensores De Los Derechos Humanos En México*. México, CNDH, 2010. Pág. 19.

y el procedimiento, también debe ser excepcional, lo cual significa que no debe ser soportado por la generalidad de los individuos, por ejemplo, se ha notado en ciertas audiencias iniciales, en la parte de imposición o revisión de medidas cautelares⁹⁶ en las que se ha asistido o participado, un argumento que llama bastante la atención: los jueces consideran como causal de riesgo la pena que posiblemente se imponga al imputado, es decir, el hecho de establecer hipotéticamente cual será la pena mínima y si es “alta” el juez considera que por esa razón el sujeto se sustraerá de la acción de la justicia, pues cualquier persona en su situación, por el siempre hecho de saber la posible pena que se impondrá es motivo suficiente para evadirse de la acción de la justicia, lo cual es totalmente una falacia, pues es un error en la argumentación que está realizando el juez, en donde está generalizando una situación en particular, basándose precisamente un criterio subjetivo, hipótesis contemplada en el artículo 168, fracción II del Código Procesal.

Por último, la característica de la desproporcionalidad frente a los beneficios que deriva la persona de la situación por la cual se genera el riesgo, es decir, el hecho de que el delito y la situación del imputado no sean suficientes para imponer la prisión preventiva.

Continuando con el análisis del artículo 156 del Código Nacional, en su último párrafo indica que el Juez de Control en la resolución emitida deberá justificar las razones por las que la medida cautelar decretada resulta ser la menos lesiva para el imputado.

Pues de acuerdo al principio de mínima intervención, lesividad y proporcionalidad, y toda vez que el imputado cuenta con la protección de los mismos, debe extenderse, no únicamente a la sanción, sino a las medidas cautelares, que son actos de molestia que afectan su derecho a la libertad, por lo que el juzgador debe de generarle el menos daño posible a sus derechos, y si lo hace, justificar las razones.

⁹⁶ Por mencionar un ejemplo, tenemos la audiencia de control desarrollada en el Poder Judicial del Estado de Nuevo León, en la carpeta de investigación marcada con el número 5153/2015 por el delito de Robo calificado llevada a cabo el 24 de agosto de 2015, en donde el juez indica que impone la medida cautelar de prisión preventiva bajo los argumentos consistentes en que la “pena no es accesible”, “el monto es elevado” y esto puede provocar la sustracción del imputado. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=M6uwVpRqH_o.

Por su parte, el artículo 158, en su último párrafo, realiza una acotación para las medidas cautelares que merece la pena considerar.

Indica que en ningún caso el Juez de Control está autorizado para aplicar medidas cautelares sin tomar en cuenta el objeto o la finalidad de las mismas, por lo tanto, si las finalidades de la prisión preventiva son las establecidas anteriormente, ¿La oficiosidad va en contra de esta consideración? La respuesta es si, pues es precisamente esta consideración la que se acerca al principio de necesidad, el cual se desarrolla implícitamente, en este último párrafo, pues la cuestión de la necesidad hace que el juzgador realice un proceso cognitivo a raíz de los elementos que le brinden las partes para decretar la prisión preventiva, nunca alejada de sus finalidades originarias, pues vulneraría adicionalmente el principio de razonabilidad, pues al no realizar este proceso cognitivo, lo que sucede con la prisión preventiva oficiosa, el juez se convierte en una máquina automatizada, que debe imponer una medida cautelar sin un proceso argumentativo.

D. ¿Qué Derecho Humano protege la prisión preventiva?

La prisión preventiva, tal como se ha estado viendo a lo largo de las anteriores páginas, es una figura sin lugar a dudas controversial, pues por una parte, la aplicación de manera adecuada, permite sujetar al imputado a un procedimiento del que es parte en base a un riesgo procesal evidente, pero por otra, cuando la utilización se generaliza, provoca un exceso, que modifica y desvirtúa su funcionalidad.

Es por esta razón, que en este inciso analizaremos que derecho humano protege la prisión preventiva.

En primer lugar, ¿A quién protege? ¿A la víctima u ofendido? ¿O es una forma de prevenir delitos? Hemos de mencionar que una de las características primordiales de la figura es la protección a los derechos humanos, sobre todo de la víctima u ofendido, pues tal como indica el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, podemos identificar al menos cuatro situaciones que dicha figura protege ciertos derechos humanos:

a) La comparecencia del imputado en el juicio: Esta hipótesis se refiere precisamente a la protección del derecho de acceso a la justicia que tiene la víctima u ofendido, pues no debe existir impedimento de índole jurídico o material en el mismo. Es así, como la prisión preventiva facilita que se proteja la celeridad en los procesos judiciales, toda vez que permite que se realicen las diligencias que tengan relación con el imputado correspondientes a esclarecer los hechos, por lo tanto, este supuesto protege meramente a la víctima u ofendido.

b) El desarrollo de la investigación: De manera similar a la hipótesis anterior, la finalidad es dar continuidad a las etapas del procedimiento penal, y así lograr el avance para el esclarecimiento sin que existan obstáculos derivados de la ausencia de la parte acusada. Dicho impedimento debe estar debidamente acreditado a través de los datos y medios de prueba establecidos en la carpeta de investigación y que deriven de una investigación efectiva, si no es así, simplemente no se podría invocar esta hipótesis. Esta protege a la víctima u ofendido.

c) La protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad: Este supuesto definitivamente no va dirigido al imputado, pues tiene la finalidad de salvaguardar los bienes jurídicos de otras personas, pero debemos mencionar que debe existir la necesidad de protección solamente acreditando que el imputado realizará acciones en contra de la integridad física de las personas, su vida o propiedades, formen o no parte del procedimiento, se podría tener como un riesgo real, de lo contrario estaríamos en un mundo legal hipotético anti garantista.

d) Cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Este es el supuesto más controversial, pues ¿Qué protege? ¿Cuál es su justificación? A primera vista podríamos mencionar que se basa en una afirmación de un riesgo no inminente, pues hemos de considerar que una persona en esta situación, no necesariamente implicaría una posibilidad de realizar acciones tendientes a obstaculizar el proceso penal, simplemente porque cada situación es diferente, riesgo que debe acreditarse y no suponerse por el legislador. Este supuesto

podría argumentarse desde el derecho humano a la seguridad colectiva, es decir, ese derecho que, como miembros de una sociedad, tenemos a un estado de bienestar y paz social, donde los miembros que salgan del rol establecido, sean sancionados de alguna manera.

Sin embargo, las medidas cautelares no deben formar parte de la política criminal de un Estado, pues esa no es su finalidad, lo cual está siendo tomado por nuestros legisladores, dándoles el papel de mecanismos de modificación de la realidad, además de que debemos de mencionar que más bien responden a una corriente utilitarista, en donde el derecho es visto como la herramienta exclusiva de prevención de conductas ilícitas a través de la intimidación.

E. Conclusiones especiales respecto a la prisión preventiva oficiosa.

Tal como se ha estado viendo a lo largo del capítulo, en este apartado realizamos un análisis resumido de la prisión preventiva oficiosa.

En primer lugar, la prisión preventiva oficiosa se aleja de los objetivos propios de la prisión preventiva a petición de Ministerio Público, pues en este caso únicamente se enfoca en privar de la libertad al imputado por hechos posiblemente constitutivos de los delitos establecidos en el catálogo de delitos de alto impacto que ya se mencionaron anteriormente, sin tomar en cuenta el contexto en el que se desarrollaron ni las características propias del imputado. Estamos bajo una figura de carácter obligatoria para el Juez de control ordenada por el legislador, en donde estamos ante la presencia de un listado de delitos, en los cuales se aplica de manera, a pesar de que el caso en específico no lo amerite.

Sin embargo esta circunstancia ya fue resuelta a través de una jurisprudencia⁹⁷ emitida en noviembre de 2018 resuelta por los Tribunales Colegiados de Circuito, tal como se

⁹⁷ Tesis: VI.2o.P. J/2 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Registro 2018459. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 60, Noviembre de 2018, Tomo III, Pág. 2077. Jurisprudencia (Constitucional). Con el título: PRISIÓN PREVENTIVA. LA PENA MÁXIMA COMO ÚNICA RAZÓN PARA JUSTIFICAR SU IMPOSICIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR, VULNERA EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN SU VERTIENTE DE REGLA DE TRATO PROCESAL, CONTENIDO EN LOS

mencionó anteriormente, muestra concordancia con la postura de la autora, pues considera que utilizar la pena máxima que amerita el delito del que se está llevando a cabo el procedimiento, como única razón para justificar la imposición de la medida cautelar, en este caso la prisión preventiva, dejando de lado las circunstancias sociales económicas del imputado, tal como lo establece el artículo 168, fracción II del Código Nacional de Procedimientos Penales, vulnera gravemente el principio de presunción de inocencia, sobre todo en su vertiente de regla de trato procesal.

Esta jurisprudencia toma en consideración elementos jurídicos proporcionados por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en específico lo establecido en los artículos 7 y 8, que nos mencionan, por un lado el derecho a la libertad personal y las garantías judiciales, respectivamente, pues tomar en consideración la pena de prisión que prevé el hecho delictuoso señalado por la ley como delito únicamente para la imposición, contraviene estos preceptos constitucionales y convencionales, debido principalmente que la prisión preventiva oficiosa debe ser una medida cautelar y no la regla en general, además, el hecho de imponerla sólo con el argumento de que la penalidad es una causa para que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia, es una argumentación falaz, pues se tiene que sustentar la decisión con otro tipo de circunstancias que realmente estén acreditadas, no por el imputado, sino por el Ministerio Público, bajo su deber establecido en el artículo 21 constitucional, pues es el encargado de llevar a cabo la investigación.

En las medidas cautelares se tiene que acreditar la funcionalidad de la prisión preventiva con hechos fácticos, no con meras afirmaciones o suposiciones que solo existen en el pensamiento subjetivo del Legislador, Juez o Ministerio Público.

Segundo, el Juez pierde la imparcialidad en el procedimiento, ya que la oficiosidad implica, la preferencia por alguna de las partes, en este caso, en perjuicio del imputado, lo cual es inadmisibles en materia penal, en donde las partes deben acatarse al principio de igualdad ante la ley y entre las partes, pues la finalidad del proceso penal es

precisamente el esclarecimiento de los hechos, tal como lo indica el artículo 20, apartado A, fracción I constitucional, esclarecimiento que tendrá lugar únicamente con la imparcialidad del Juez.

Hay que recordar que la oficiosidad es propia de otras materias, como sucede en la materia familiar, pues encontramos ciertas figuras en donde se rompe este principio de imparcialidad por parte del Juez, debido a una circunstancia de vulnerabilidad de alguna de las partes que le genera cierta desventaja ante el otro en el procedimiento.

Debemos recordar, que de acuerdo al artículo 14 constitucional, los juicios en el ámbito penal o criminal cuentan con reglas distintas y delimitadas, pues se menciona que se tiene que imponer la sanción exactamente establecida en la norma penal, sin ir más allá de lo que contempla la ley, por esa razón, cuando hablamos de oficiosidad en materia penal, vulneramos gravemente lo anteriormente establecido, circunstancia que sucede con el uso de la prisión preventiva oficiosa, pues la imposición de la misma sin que el imputado haga uso del derecho de audiencia y defensa, le genera desventaja derivada de la imparcialidad que nace de la norma.

En materia penal, debemos recalcar, la oficiosidad claramente va en contra de los principios generales, que son pilares en el proceso, sobretodo el principio de taxatividad, lesividad y mínima intervención, pues la utilización de la prisión preventiva oficiosa como mecanismo de política criminal, vulnera gravemente el derecho humano a la libertad y presunción de inocencia del imputado.

Un tipo de política criminal represiva, basada principalmente en un derecho penal del enemigo, en donde resalta el derecho de excepción, pues se busca sancionar sin mediar los actos procesales que acrediten la justificación de la medida cautelar de la prisión preventiva oficiosa, y sobre todo, se realiza bajo la presión de la sociedad, es decir, nos encontramos bajo un populismo punitivo, en donde es la misma sociedad quien exige la utilización de estas figuras represivas, en donde los representantes del estado Mexicano se aprovechan de la falta de conocimientos básicos jurídicos de la sociedad, creando en ellos esa ilusión de impartición de justicia, a través del uso de la prisión preventiva.

El uso de esta medida cautelar se considera como un medio a través del cual se “sanciona”, y si no es impuesta, se considera que se está cayendo en una omisión por parte de la autoridad en la cuestión de la impartición de justicia, lo cual es totalmente erróneo.

En esta situación, es donde los estudiosos del derecho, estamos comprometidos para realizar acciones que permitan el cambio en la sociedad respecto de ese tema, presentar los medios que permitan hacer entender que el uso de la prisión preventiva en todos los casos de manera automatizada, no es una pena y que su no imposición no es una omisión en la impartición de justicia, sino que es un mecanismo para poder seguir un procedimiento penal hasta su adecuada conclusión.

El uso de la prisión preventiva como un mecanismo de sanción previa, es derivada de una mala interpretación, dolosa o culposa, por parte del legislador, buscando la aprobación de la sociedad a través del populismo penal represivo.

Por ende, a la formación de cuerpos jurídicos violentos y autoritarios, en donde las personas sujetas a un procedimiento penal son tratadas como culpables, es una visión retrógrada, en donde claramente se está vulnerando el principio de presunción de inocencia como regla de tratamiento y se aleja del uso de la prisión preventiva como una medida cautelar excepcional.

Además de que restringe la actuación del juez, pues pasamos a un sistema argumentativo basado en la lógica formal únicamente, donde la cadena de silogismos son lo más relevante, dejando de lado el contexto del imputado, pues el proceso cognitivo que realice el juez tomando en cuenta las circunstancias de los hechos posiblemente constitutivos de delito es de vital importancia para la restricción de derechos, en este caso la libertad del imputado.

El hecho de contar exclusivamente con una argumentación lógico-formal genera que el discurso no admita contradicción, es decir, que lo que está establecido en la norma sea lo único que se debe de tomar en cuenta para la imposición de una consecuencia jurídica sin tomar en cuenta el contexto del imputado, circunstancia que se analiza desde el sistema Descártico de generación de conocimiento, pues aísla al imputado de

su entorno, alejándolo de los elementos sociales que lo rodean, los cuales son necesarios para la toma de decisión del Juez, pues la norma le impone de manera automática aplicar una figura jurídica sin respetar la capacidad de raciocinio del mismo.

El uso de la prisión preventiva oficiosa, desde el ámbito de los argumentos falaces, está basada en una falacia de generalización apresurada, es decir, que se llega a una conclusión de manera general sin tener los elementos suficientes para acreditar que esa conclusión sea la válida totalmente, lo cual, vulnera todos los derechos humanos y las garantías del imputado.

El proceso cognitivo que realice el Juez a partir de los elementos y datos de prueba es vital para la emisión de resoluciones, sobre todo si se trata de imposición de la medida cautelar de la prisión preventiva, pues el individuo aun no está siendo condenado, sino sujeto de un acto de molestia. *La validez de las decisiones jurisdiccionales debe estar fundada en la verdad. El nexo entre verdad y validez de los actos jurisdiccionales representa el fundamento teórico de la división de poderes y la independencia del Poder Judicial en el Estado Constitucional de Derecho*⁹⁸ y no la automatización de las decisiones.

El juez pierde esa característica cognitiva propia de su actividad jurisdiccional, pues la obligación de imponer la prisión preventiva hace que tome una decisión de la que no esté necesariamente convencido, pero debe realizarla de esa manera, porque así lo impone el legislador, se pierde su autonomía, su decisión, y peor aún, sin datos y medios de prueba que acrediten esa situación de imposición.

Es así como la prisión preventiva oficiosa es parte de una política criminal represiva derivada de un Estado con crisis en sus instituciones de procuración, impartición y ejecución de justicia penal, las cuales, claramente no encontrarán solución en la modificación de nuestros sistemas de control formal, sino en otras ramas. “Si las decisiones son adoptadas sobre la base de razones políticas, como la salvaguarda de la imagen gubernamental frente a la crisis de seguridad pública, el sistema de justicia

⁹⁸ Ríos, Carlos. *PENA SIN DELITO: Percepciones Acerca De La Finalidad De La Prisión Preventiva En México*. EUA, Due Process of Law Foundation, 2016. Pág. 9.

entra en una crisis de legitimidad al fundamentar sus decisiones en razones distintas al conocimiento objetivo.”⁹⁹

Es ahí donde la inter y transdisciplinaridad pueden brindarnos las herramientas necesarias para las soluciones a esa problemática.

También podemos concluir que, en sí, no es que la Constitución establezca figuras contrarias a los principios propios del modelo acusatorio adversarial penal, sino más bien, que son los legisladores quienes por falta de preparación en el tema o por cuestiones de índole social, política o económica, como veremos en otro apartado, generan esta condiciones que distan mucho de lo buscado por los derechos humanos para la sociedad mexicana y desarrollan temas de prevención general y especial negativa, es decir *es una aplicación inadecuada de supuestas concepciones constitucionales, [que se] legislan erradamente sin efectuar una contrastación de fundamentos con la Constitución tanto, como con la Convención [Americana de los Derechos Humanos].*¹⁰⁰ Es decir, aplicación de una política criminal represiva, a través de figuras jurídicas que claramente chocan con los objetivos originarios del derecho penal de acto, convirtiéndose en un derecho penal de autor, que sirve para resolver problemas sociales, como se desarrollara más a profundidad en el capítulo subsecuente.

⁹⁹ *Ibidem*. Pág. 6.

¹⁰⁰ Villalba, Pablo. *Derecho Procesal Constitucional. Contenidos esenciales*. Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2016. Pág. 289.

CAPÍTULO II. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A. El Principio de Presunción de Inocencia y su alcance en el Derecho Internacional.

Sobre el tema de presunción de inocencia, es precisamente en las sentencias donde encontramos diversas clasificaciones, las cuales podemos mencionar que son: 1. Derecho Humano, 2. Principio, 3. Garantía, 3.1 Regla de trato, 3.2. Regla de juicio, 3.3. Regla de prueba, 3.4 Regla de creación del derecho, es decir, puede ser estudiando desde diferentes perspectivas, pues sus alcances de protección son distintos.

A.1 Derecho Humano

Existen diversas acepciones para desarrollar el tema de los derechos humanos, dependiendo la corriente doctrinaria correspondiente, sin embargo, en este trabajo funcionan las definiciones contempladas desde la teoría de los derechos fundamentales que menciona Alexy, pues partiremos desde el concepto formal de derecho fundamental, es decir, corriente que menciona que los derechos humanos deben estar plasmados en algún ordenamiento legal para poder ser invocados, tomando el nombre de fundamentales.

Robert Alexy indicaba que existen tres conceptos de derechos fundamentales: el *concepto formal de derecho fundamental, material y procedimental*.¹⁰¹

Desde que nace el análisis de los derechos humanos, se considera que éstos son naturales al hombre y por ende, no era necesario realizar la positivización de los mismos, sino únicamente invocarlos para que las autoridades pudieran respetarlos a los individuos, sin embargo, esta corriente vulnera el principio de legalidad, pues el hecho de que no se establezcan en un ordenamiento legal, deja amplio el margen de actuación de las autoridades, y por ende, un estado de incertidumbre para el particular.

¹⁰¹ Alexy, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003, págs. 21 a 31.

Desde la doctrina, *los derechos humanos son autolimitaciones del Estado en beneficio del hombre para desarrollar sus facultades como ser humano y son derechos subjetivos oponibles a los actos de poder público.*¹⁰² Son esas limitaciones mínimas a las actuaciones de las autoridades que representan al Estado, mismas que deben estar plasmadas en los ordenamientos legales para brindar certeza jurídica.

Estos derechos humanos positivizados o fundamentales como menciona Alexy, tienen que estar acompañados de garantías que permitan su materialización en el mundo del particular, pues se necesita inferencia para su funcionalidad, pues tener un enunciado normativo en cuerpo legales, de ninguna manera permite su materialización.

Pero, también se considera un derecho humano a esas normas de orden superior que delimitan todas las actuaciones, tanto acciones como omisiones, del Estado en protección de todas las personas, en los ámbitos de creación, interpretación y aplicación, que está asegurado por garantías formales y materiales, que a su vez tiene cierto nivel de complejidad pues está integrado por otros derechos humanos y que para su interpretación es necesario realizar un proceso cognitivo basado en la ponderación. También puede considerarse que es un derecho subjetivo, pues son derechos del individuo enunciados en los instrumentos jurídicos, pero también objetivos, pues pueden ser invocados ante cualquier instancia¹⁰³

Ahora aterrizando los conceptos a nuestra legislación, en específico el principio de presunción de inocencia pasó por una transformación jurídica e histórica hasta quedar en nuestro sistema legal mexicano de manera expresa en el artículo 20 Constitucional, a raíz de las dificultades que se encontraban al momento de su aplicación, además de que el artículo 1 del mismo ordenamiento legal, permite la apertura hacia otros ordenamientos legales internacionales que regulen de manera más desarrollada el derecho humano, permitiendo una protección más amplia al individuo, alejándonos de

¹⁰² Herrera, Alberto. *El Derecho a la presunción de inocencia*. México, Porrúa, 2012, pág. 39.

¹⁰³ Concepto proporcionado en la clase de “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: (La Corte Interamericana de los Derechos Humanos)” impartida por el Dr. Federico Lefranc Weegan correspondiente a la Maestría en Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco el 26 de septiembre de 2018.

la visión del bloque constitucional, pasando al bloque convencional, ámbito que permite tomar elementos jurídicos con mayor desarrollo.

Es de vital importancia hacer notar que el principio de presunción de inocencia fue tratado como un derecho humano de primera generación en el derecho internacional, señalándose la importancia de protegerlo en los ordenamientos jurídicos de los Estados soberanos, pues era una forma de proteger uno de los derechos más importantes, la libertad de los seres humanos, pero no sólo puede considerarse como un derecho humano, sino que también responde a una regla de tratamiento, principio general y garantía materializada en reglas de juicio y de prueba.

Antes de la reforma en materia de derechos humanos, el principio de presunción de inocencia, se restringía únicamente a interpretarse de manera tácita, lo cual generaba conflictos en su aplicación, lo cual será analizado más adelante, pero es importante mencionarlo debido a que la autora considera que los derechos humanos deben estar positivizados, o mínimo las garantías deben estar bien definidas para poder materializarlos.

En fin, debemos mencionar que a raíz del desarrollo del tema de derechos humanos a nivel internacional, sobre todo en su aplicación en los procedimientos judiciales en los países, a tal grado de indicar que era necesario considerar medidas cautelares diferentes para no vulnerar el derecho humano de la libertad.

Para iniciar el análisis del principio de presunción de inocencia como derecho humano¹⁰⁴, lo realizaremos primero en el ámbito internacional, tanto regional como no regional, por lo que tenemos que recurrir a lo establecido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en su artículo 9¹⁰⁵, el cual indica la situación jurídica en la que debe encontrarse una persona mientras es parte de un

¹⁰⁴Es importante mencionar que partimos de este momento, debido a que la presunción de inocencia había sido tratado antes como una regla a seguir en el procedimiento o como una regla en la prueba, tal como lo indicaba Ulpiano o Beccaria, estos ámbitos serán desarrollados en otro momento.

¹⁰⁵ Artículo 9: Puesto que cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley.

procedimiento judicial, la cual debe ser considerada siempre inocente hasta que no sea declarado culpable, esto por supuesto trae aparejada la cuestión de la detención, donde se indica que únicamente procederá la privación de la libertad durante el procedimiento si se considera estrictamente necesario hacerlo.

Podemos notar el espíritu de esta norma, en donde se nota la excepcionalidad de la privación de la libertad en un procedimiento penal, donde queda a criterio del juez las condiciones que permitan determinar la indispensabilidad de la medida cautelar. Además de la sanción en que pueden incurrir las autoridades cuando no se logra acreditar la necesidad, lo cual es un elemento importante, que debe implementarse en nuestro sistema penal, pues permite que las autoridades se ciñan a la legalidad.

Es así como se tiene un gran antecedente, pues se establece por primera vez la calidad de inocencia con la que cuenta toda persona que fuera sometida a algún procedimiento judicial, además de establecer una excepcionalidad, pues se consideraba que dicha calidad de presunción se rompía cuando el sujeto a procedimiento opusiera resistencia en caso de que se le requiriera a través de una orden judicial, tal como lo indicaba el artículo 7¹⁰⁶ de la misma declaración.

Es así como de esta Declaración podemos afirmar que surgen los pilares más importantes de los derechos humanos, y por ende, podemos afirmar que consagra al principio de presunción de inocencia como un derecho universal, es esta Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de donde se deriva toda la base del principio de presunción de inocencia.¹⁰⁷

Este ordenamiento jurídico, a pesar de que es un instrumento regional, puede ser invocado en nuestro sistema jurídico, pues recordemos que el artículo 1 constitucional, abre la puerta a la adopción de criterios de interpretación en materia de derechos

¹⁰⁶ Artículo 7. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la Ley y en la forma determinada por ella. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; con todo, cualquier ciudadano que sea requerido o aprehendido en virtud de la Ley debe obedecer de inmediato, y es culpable si opone resistencia.

¹⁰⁷ Espinoza, Ricardo. *La presunción de Inocencia en el Sistema Acusatorio Mexicano*. México, Editorial Novum, 2012. Pág. 63.

humanos que brinden la protección más amplia a los individuos, pues de acuerdo a los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1, 2 y 5 del Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos, los Estados están obligados a respetar la interpretación que evite la exclusión o limitación de los efectos de manera intencional, en este caso la protección de los Derechos Humanos contemplados en instrumentos internacionales que contemplen otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, a pesar de que los mismos no estén ratificados por México.

Posteriormente, a raíz del objetivo de mantener la paz entre las naciones y la creación de la Organización de Naciones Unidas, se genera la aprobación en 1948 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde nuevamente se rescata la figura de la presunción de inocencia: en su artículo 11, punto 1¹⁰⁸, en donde se busca eliminar el principio de culpabilidad.

La relevancia de eliminar el principio de culpabilidad radica en arrojar la carga de la prueba a la parte que afirma, en este caso, al ministerio público que afirma la existencia de la culpabilidad, mismo principio que debe aterrizar al uso de las medidas cautelares, en especial la prisión preventiva oficiosa, donde dicho principio se rompe, pues la oficiosidad da por verdadera e indiscutible la necesidad de cautela, obligando al imputado a acreditar la “no necesidad de la medida”.

Además de establecer que es necesario que durante el procedimiento se velen los derechos humanos y las garantías necesarias para su adecuada defensa jurídica, incluyendo la imposición de la prisión preventiva. Este instrumento internacional, en la actualidad puede ser invocado en nuestros procedimientos penales, obligando al juez que lo acate e implemente en sus resoluciones, sobre todo en la imposición de la medida cautelar en la audiencia de control de detención, pues fue ratificada por México el 2 de mayo de 1948, por lo que forma parte de nuestro bloque de convencionalidad.

¹⁰⁸ 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.

En el mismo año se genera un cuerpo jurídico de carácter regional, aprobado en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia en 1948 que se denominó Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Dicha declaración que contiene 38 artículos, resalta también el derecho a la presunción de inocencia, incluso se afirma por algunos autores como Ricardo Espinoza, que dicha garantía se estableció de manera anterior a la Declaración Universal, pues indica que “en países latinoamericanos, a través de la [...] Declaración -antes de que se plasmará en la Declaración Universal de los Derechos Humanos- ya se establecía la presunción de inocencia, principio que fue recogido posteriormente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.¹⁰⁹

Es así como establece en su artículo 26¹¹⁰, primer párrafo, que la inocencia es un derecho humano basado en una presunción, pues la misma debe desacreditarse a través de la probanza fáctica y objetiva de la culpabilidad, misma que se logra en las medidas cautelares, en especial la prisión preventiva oficiosa, únicamente si se logra demostrar la necesidad de cautela respecto de la libertad del procesado, cuando por las circunstancias del contexto, si existe el riesgo de sustracción, daño a pruebas, testigos o a la víctima, o cualquier finalidad propia de la prisión preventiva, pues en caso de que no se logre acreditar fehacientemente, debemos atender al principio pro reo, debe atenderse a lo más favorable para el procesado.

Es en esta Declaración donde se establece por primera vez la inocencia como una presunción¹¹¹ a favor de toda persona que se encuentra dentro de un procedimiento penal.

Europa por su parte, no se queda atrás en la adopción de esta garantía procesal, pues existen también convenciones regionales que abordan el derecho a la presunción de inocencia como una garantía indispensable en todo proceso jurisdiccional, entre ellos

¹⁰⁹ *Ibidem*. Pág. 67.

¹¹⁰ Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

¹¹¹ Una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario, por lo que es necesario destruirla para que no prevalezca en el procedimiento.

se encuentra el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Debemos mencionar, que a pesar de que los tratados o convenios en materia de derechos humanos que pertenezcan a una región que no sea la americana, si deben considerarse parte de nuestro bloque de convencionalidad, pues el artículo 29 de la Convención Americana de los Derechos Humanos indica que la interpretación realizada por los Estados debe estar caracterizada por el respeto que evite la exclusión o limitación de los efectos de manera intencional, convención que si se encuentra ratificada por México, y deja abierta la posibilidad de que otros tratados o convenios, a pesar de no haber sido ratificados, formen parte de nuestro sistema normativo, en este caso, el Convenio Europeo.

Regresando al tema del Convenio Europeo, debemos mencionar que dos años después de que se firma la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es decir, en 1950, el Consejo de Europa adoptó dicho Convenio, cuya finalidad fue generar una unión más estrecha entre sus Estados miembros, y que uno de los medios para alcanzar dicha unión era la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales:

Por lo que respecta al Pacto o Convenio de Roma de 1950, se pretende asegurar, a través del mismo, el reconocimiento de los derechos fundamentales de todo ser humano y sus libertades principales para tratar de lograr la convivencia humana, pero limitándose, *ratione loci*, exclusivamente al continente europeo.¹¹²

Por lo que se redactan 59 artículos, contemplados en tres capítulos, donde para nuestro tema, resalta el artículo 6¹¹³, que contempla la necesidad de adoptar reglas que permitan el desarrollo de un proceso judicial en las mejores condiciones, en cuyo punto 2 también desarrolla en qué consiste la presunción de inocencia.

En 1955 se genera como producto del Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra y que

¹¹² Espinoza, Ricardo. *Op. Cit.* Pág. 64.

¹¹³ ARTÍCULO 6. Derecho a un proceso equitativo. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

después se aprueba por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones¹¹⁴ 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, las denominadas Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, en dónde se establecen los criterios, los principios y las reglas a seguir por los Estados Miembros con la finalidad de generar, desarrollar y fomentar de mejor manera la organización penitenciaria y la situación relativa al tratamiento de los reclusos, por lo que el principio de presunción de inocencia no podía dejarse de lado y se establece en el apartado C denominado “Personas detenidas o en prisión preventiva” en el artículo 84, inciso 2 que el acusado debe gozar de la presunción de inocencia, pero no únicamente eso, sino que además dicha garantía debe estar aparejada con el trato que reciba el mismo, por lo que de esta manera el derecho a la presunción de inocencia, adquiere otro carácter, el cual se convierte también en una regla de tratamiento, es decir, el hecho de enunciar en cuerpos jurídicos el derecho a la presunción de inocencia de toda persona sujeta a un procedimiento y establecer que el juzgador debe ceñir sus determinaciones al mismo, no es suficiente para aterrizar el derecho, sino que es necesario establecer las garantías que permitan su materialización. Por esa razón, el derecho a la presunción de inocencia implica la implementación de protocolos de actuación de los operadores del sistema penal, pues son los que tienen contacto directo con el probable responsable, proporcionando una relación entre probable responsable y operador jurídico, basada en el respeto de todos sus derechos humanos desde la detención, durante todo el procedimiento y hasta que se destruya la presunción.

Volviendo al tema del desarrollo del principio de presunción de inocencia en los mecanismos jurídicos internacionales, en 1981 se generan dos dispositivos jurídicos, ambos de carácter regional pero uno de aplicación en América Latina y otro de aplicación en el continente africano, el primero denominado Convención Americana

¹¹⁴ De acuerdo a lo indicado por la Oficina del Alto Comisionado de la ONU en su página oficial <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx>. Consulta realizada el 5 de julio de 2017.

sobre Derechos Humanos, en adelante CADH¹¹⁵ y el segundo la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los pueblos.

En el artículo 8 de la CADH¹¹⁶ se desarrolla el tema relativo a las garantías judiciales, y en el punto 2, menciona la cuestión de la presunción de inocencia, mencionando además que ésta última va relacionada con otras garantías procesales mínimas como el derecho a la igualdad de las partes o en derecho a la no autoincriminación.

La importancia de este cuerpo jurídico internacional radica en la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CoIDH en 1998 para conocer sobre los casos relativos a las violaciones de Derechos Humanos por parte del Estado Mexicano, en cuanto a la interpretación o aplicación, emitiendo criterios legales que permitan tener un margen más amplio de actuación, en donde los Estados, y en este caso, México tienen que acatar, por ende, armonizar sus cuerpos jurídicos para que empaten con la más favorable.

El contenido de la interpretación de los derechos humanos lo podemos encontrar en las sentencias emitidas por la CoIDH, pues es a través de estas resoluciones donde se manifiesta el alcance de los Derechos humanos contemplados en los cuerpos jurídicos internacionales, donde debemos mencionar que las sentencias emitidas por dicho tribunal internacional, en aquellos casos en los cuales México haya sido parte en el juicio, son de carácter obligatorio para el Estado mexicano, incluidos todos los jueces y tribunales que lleven a cabo funciones materialmente jurisdiccionales¹¹⁷, es decir, jueces que no fueron autoridades mencionadas en el procedimiento internacional como autoridades responsables.

¹¹⁵ En lo que respecta a América Latina, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reglamenta el tema de los derechos humanos a nivel regional, se encuentra ratificada hasta el momento por 25 países, también se le denomina Pacto de San José, fue abierta a la firma para ser ratificada o adherirse a ella, en la Ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, fue promulgada en nuestro país el 30 de marzo de 1981 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo del mismo año.

¹¹⁶ ARTÍCULO 8.- Garantías Judiciales 1. [...] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) [...] g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declarar culpable [...].

¹¹⁷ Tesis aislada con número de registro 2000206.

Respecto a las resoluciones pronunciadas por la ColDH son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en él,¹¹⁸ incluso los jueces cívicos, que al realizar acciones propias del derecho administrativo sancionador, deben acatar dichos criterios.

Por otro lado, las sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio, proporciona únicamente criterios orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona¹¹⁹.

Es importante mencionar, que la aceptación de la competencia regional internacional, a través de la adopción de cuerpos jurídicos, no tienen la finalidad de sustituir los ordenamientos legales de México, sino más bien, ampliarnos y complementarlos a través de una colaboración entre autoridades mexicanas e internacionales que permitan una interpretación uniforme respecto de los derechos humanos, en especial, el del uso de la prisión preventiva de manera extraordinaria.

Por su parte, la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos fue aprobada el 27 de julio de 1981, a consecuencia la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, que tuvo reunión en Nairobi, Kenya. En ella se establece de manera diferente a la que hemos estado mencionando, el principio de presunción de inocencia, pues en su artículo 7, establece cierto criterio en cuanto a la carga probatoria de la presunción, pues se arroja la carga de la prueba al Tribunal, pero no para demostrar la culpabilidad, sino la inocencia del individuo sujeto a un procedimiento, es decir, a pesar de que se establece que se tiene derecho a la presunción, en determinado momento, debemos acreditar dicha inocencia y no como en los otros tratados que hemos estado mencionando, en donde lo que se busca es demostrar la culpabilidad.

¹¹⁸ Tesis aislada con número de registro 160482.

¹¹⁹ Tesis aislada con número de registro 160584.

Dicho precepto, indica que toda persona es culpable hasta que se logren obtener los elementos que derivados de la investigación logren acreditar la inocencia, ¿Qué sucede si no encontramos elementos que permitan acreditarla por ser hechos no existentes en el mundo factico? Es un problema con el que hemos lidiado, pues la investigación debe estar encaminada a acreditar la culpabilidad y no la inocencia, pues en muchas ocasiones no hay elementos, por no haber existido, que prueben la inocencia del probable responsable, lo cual dificulta el proceso penal.

Además de que se viola en cierto sentido el principio de imparcialidad por parte del tribunal, pues es éste el que acredita la inocencia y no propiamente la parte que acusa, generando un estado de indefensión y desigualdad de la parte acusada o imputada, pues el tribunal en ningún caso puede ir más allá de lo que solicitan las partes a lo largo del procedimiento.

Es relevante analizar la manera en que se están adoptando en los convenios o tratados el principio de presunción de inocencia, precisamente porque son estos los que otorgan las reglas mínimas de actuación de los Estados miembros, por ende, en ninguna circunstancia deben establecer interpretaciones que vayan en contra del espíritu de la figura de la presunción, dichas reglas mínimas deben respetarse, tanto en la actividad legislativa como en la aplicación de la norma.

Espíritu el cual se caracteriza por evitarle a la persona una situación de culpabilidad previa, no sólo como un derecho humano que quede en el mundo deontológico, sino que sea aterrizado como garantía, tanto de trato al probable responsable durante todo el procedimiento, la forma de presentar pruebas y la valoración que debe realizar el juez y en concordancia con el principio pro persona, absolverse de toda responsabilidad ante la duda o no destrucción de la presunción de la misma.

Es decir, el legislador no puede ir más allá de la protección que brindan los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, como sucede con la imposición de medidas cautelares de manera automatizada, pues vulnera la presunción de inocencia al privar de la libertad a una persona sin acreditar los supuestos de exclusión de la misma, indispensables para garantizar el desarrollo del procedimiento, y

más bien, ser utilizada como una sanción anticipada que permite generar una ilusión jurídica acerca de la impartición de justicia por las instituciones, dirigida a una sociedad necesitada de respuestas ante la situación de impunidad e inseguridad, generando por ende, la implementación de figuras propias de una política criminal represiva, caracterizada por regímenes de excepción y control social, inclusive, solicitada por la sociedad, volviendo nuestro sistema jurídico en un populismo penal.

Ahora bien, debemos mencionar que el derecho a la presunción de inocencia, no se puede quedar en el mundo deontológico, tal como se mencionó anteriormente, por lo que se deben establecer maneras de implementación, y eso genera varias acepciones acerca del mismo concepto, no sólo como derecho humano, sino como principio, esto derivado de la forma de dar contenido a los derechos humanos, a través de la argumentación realizada en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde se desarrolla en sustancia mínima a través de dichas resoluciones, las cuales permiten tener un panorama más amplio de interpretación por parte de la institución especializada en derechos humanos, que nos permitirá implementarla en nuestro sistema mexicano, pues debemos recordar que desde la aceptación de la competencia contenciosa de la CoIDH, las sentencias de la misma son de carácter obligatorio.

A.2 Principio

El principio a diferencia del derecho humano, “es el origen, la razón fundamental sobre la cual se discurre en cualquier materia; causa, u origen de algo; norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta; para el Derecho será una norma no legal supletoria de ella,¹²⁰ es decir, es un pilar inicial que rige la creación de derecho, pilares que no están plasmados en ordenamientos, sino que más bien derivan de los valores recogidos de una sociedad o sociedades, cuya finalidad es establecer límites al Estado en sus actuaciones.

¹²⁰ Herrera, Alberto. *El Derecho a la presunción de inocencia*. México, Porrúa, 2012, pág. 38.

Los principios han existido desde la creación de derecho, pues son las columnas de los sistemas jurídicos, mucho antes de la existencia de codificaciones legales¹²¹, sin embargo, en México al contar con un sistema meramente escrito, debemos atendernos a lo establecido en la norma, sin embargo, ¿Qué sucede cuando dos normas de la misma jerarquía entran en contradicción por regular una misma situación? Es ahí donde cobran importancia los principios, pues ante contradicciones u omisiones los principios funcionan como margen de ponderación para la interpretación jurídica, generando un ámbito de comparación que permita solucionar el conflicto normativo de manera más adecuada y más favorable a las partes, y sobre todo, más favorable al derecho, pues son recomendaciones éticas y de seguridad ante cualquier situación de conflicto con base a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad del caso concreto.

La ponderación es en la actualidad un criterio de tipo metodológico que ha cobrado vital importancia para la aplicación jurídica, en casos donde se involucran los derechos humanos, en el caso de la prisión preventiva oficiosa, el derecho a la libertad y las condiciones extraordinarias de justificación para la restricción de la misma. “Los principios no son normas que establezcan exactamente lo que debe hacerse, sino normas que exigen que “algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”¹²², es decir, ajustarnos lo más posible al contexto fáctico para obtener una resolución real, pero no fuera de los márgenes legales.

La presunción de inocencia como principio, tiene un margen más amplio de aplicación en los sistemas jurídicos de los Estados, pues los obliga a realizar interpretaciones de sus legislaciones alejadas del principio de presunción culpabilidad, mismo que establece, que es el acusado quien está encargado de acreditar su inocencia ante la existencia de una coalición de normas, es decir, si no logramos destruir la culpabilidad, esta prevalecerá ante la duda del juzgador.

¹²¹ Léanse: La Jerarquía entre Principios Generales del Derecho: La Historicidad y La Culturalidad del Principio de Justicia de Andrés Botero, Los Principios del Derecho como Fuente del Derecho de Mario Romero o Fuentes del Derecho de Josep Aguiló Regla.

¹²² Fabra, Jorge Luis y García Leonardo. *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*. México, UNAM-IIIJ, 2015, pág. 418.

Esta afirmación es justamente la que prevalece en la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, pues aunque el Ministerio Público no logre acreditar la necesidad de la imposición de la misma a través de pruebas de cargo, aunado a que el imputado no logre acreditar la no necesidad con sus pruebas de descargo, la imposición de la prisión preventiva oficiosa prevalece, inclusive si el Ministerio Público no ofreciera pruebas para acreditar esta situación, el juez estaría obligado a imponer la medida cautelar, por el simple hecho de ser una obligación establecida en el artículo 19 constitucional.

El principio de presunción de inocencia entonces podría considerarse como un elemento que con ayuda de otros principios, *se constituyen como pautas no definitivas; es decir, orientadoras. Su elemento identificativo es su peso o relevancia para cada caso judicial,*¹²³ pues no es que cada principio tenga un valor intrínseco, sino más bien, el valor es adquirido dependiendo el contexto de resolución del caso concreto, pues permiten resolver sin estar en contra de la razón ni en contra del derecho, es decir, establecer un punto medio.

En cuanto al principio de presunción de inocencia desde el punto de vista de la prisión preventiva oficiosa, tenemos que ponderar por un lado la necesidad de acreditar los objetivos de la prisión preventiva por parte del Ministerio Público, alejándonos de la imposición automática a la que está sujeta el juzgador por parte del legislador.

Una vez mencionado todo lo anterior, es necesario generar el nexo entre la formación de principio general universal y como fue transformándose en un derecho humano fundamental en México, pues en nuestro sistema jurídico con raíces iuspositivistas, si una prerrogativa no está contemplada en nuestras legislaciones, es bastante complicado poder invocarla en nuestros casos concretos, pues los juzgadores están ceñidos al respeto del principio de legalidad y exacta aplicación de la ley, sobre todo si hablamos de asuntos resueltos antes de la reforma en materia penal de 2008, pues el hecho de no contar con el principio de presunción de inocencia de manera expresa,

¹²³ Romero, Juan Manuel. *Estudios sobre Argumentación Jurídica Principalista. Bases para la toma de decisiones Judiciales*. México, UNAM-IIIJ, 2015, pág. 49.

provoco la existencia de diversos criterios en las resoluciones de los mismos en toda la República Mexicana:

Antes de que se pensara que en México había, en el proceso penal, una cultura de respeto al principio de presunción de inocencia como garantía del imputado, llegó a existir en nuestro orden jurídico la llamada “intencionalidad delictuosa” a que hacía referencia el artículo 9º del Código Penal vigente antes de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984, como se advierte del texto original del “Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931.”¹²⁴

Y así existieron dentro de los ordenamientos legales diversidad de razonamientos respecto a la presunción de inocencia, por lo que fue necesario unificar dichos criterios a través de una tesis aislada, tema que será explicado posteriormente.

A.3 Garantía

A partir de la reforma en materia de Derechos humanos de 2011, la concepción de garantías individuales se transformó y se generó un concepto nuevo, es así como las garantías ahora responden a ser mecanismos que permitan materializar la protección de los derechos humanos, es decir, *reglas procesales que establecen los aspectos mínimos e indispensables para instrumentar el derecho humano o fundamental sin las cuales se haría nugatorio o inoperable*¹²⁵, convirtiéndose en la parte objetiva indispensable para la aplicación del derecho humano. Tenemos dos formas de garantizar los derechos humanos, las formales, consistentes en normas que permiten o facilitan la satisfacción de un derecho humano o su ejercicio, y las garantías materiales, las cuales consisten en condiciones para hacer más factible la satisfacción del derecho, pues permite aterrizarlo en acciones.¹²⁶

En materia de presunción de inocencia como garantía, tenemos varias formas de ejercer el derecho humano que tenemos contemplado en el artículo 20, apartado B, fracción I de nuestra Carta Magna, pues el simple hecho de tenerlo positivizado en nuestro ordenamiento jurídico, no avala que pueda ser invocado de manera fáctica en

¹²⁴ Gómez, Arely. *Reforma Penal 2008-2016. El Sistema Penal Acusatorio en México*. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016, pág. 2.

¹²⁵ Herrera, Alberto. *El Derecho a la presunción de inocencia*. México, Porrúa, 2012, pág. 39.

¹²⁶ Para más información léase la obra de Luigi Ferrajoli llamada “*Derechos y garantías. La ley del más débil*”.

el procedimiento, pues quedaríamos únicamente ante una garantía formal y es necesario que el legislador dote de herramientas para la protección del mismo, es decir, proporcionar garantías materiales, pues el hecho de establecer garantías alejadas del derecho humano, pueden en cierto sentido afectar el contenido esencial del mismo, alterando la interpretación e incluso validez de las normas que contiene dicho derecho. La garantía material es realmente la que permite el ejercicio del derecho humano por parte del ciudadano.

Respecto a la presunción de inocencia y sus garantías materiales bien definidas, permite tener herramientas procesales que protegen al acusado o imputado mientras no se le dicte una sentencia condenatoria que rompa con dicha presunción. Esta garantía se divide en tres, que son precisamente garantías materiales derivadas de las sentencias de la COIDH y de las interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana.

A.3.1. Regla de trato

La presunción de inocencia al ser una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario, únicamente se rompe con la acreditación de la culpabilidad por parte del Ministerio Público, misma que se dará a partir de una investigación enfocada al esclarecimiento de los hechos dirigida con objetividad y realizada bajo el principio de legalidad y debido proceso con ayuda de la policía de investigación.

La presunción de inocencia como regla de trato¹²⁷, se refiere a que el acusado o imputado debe recibir un tratamiento, tanto legal como material, respetando sus derechos sin restricciones no justificadas.

La garantía de trato legal como garantía formal, significa que deben existir normas expresas en los ordenamientos legales que contemplen el trato que debe recibir el probable responsable a lo largo del procedimiento, no sólo prácticas en el mundo fáctico.

¹²⁷ Sirva de apoyo la Jurisprudencia con el registro 2006092, con el título PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL, la cual nos explica a grandes rasgos en qué consiste dicha garantía material.

El trato legal como garantía formal está contemplada en el artículo 113, fracción XIV del Código Nacional de Procedimientos Penales, cuando se le reconoce el derecho al imputado de no ser expuesto a los medios de comunicación, sin las medidas establecidas como garantías materiales, por mencionar un documento, tenemos la Guía de Actuación para la Comunicación Social en el Sistema de Justicia Penal Acusatorio. Esta guía tiene como finalidad la unificación de criterios o reglas que deben seguir los servidores públicos en sus actuaciones de comunicación para que éstas se realicen de la manera más adecuada.

Dichos protocolos deben acatarse, no sólo por las autoridades, sino incluso por los particulares, pues el Estado como garante de los

Derechos humanos de todas las personas, debe de generar las condiciones óptimas para el respeto de los mismos, incluso entre particulares, a través de mecanismos que limiten su actuar en la presentación de esta información, por mencionar un documento, tenemos la Guía de Actuación para la Comunicación Social en el Sistema de Justicia Penal Acusatorio, en donde el propósito es establecer ciertos criterios homologados que deben seguir todos los servidores públicos para una óptima práctica en la difusión de información e imágenes vinculadas con la prevención del delito y procuración de justicia, entre las que se contemplan: difundir la información mediante un lenguaje sencillo que comprenda la ciudadanía, es decir, no haciéndole creer que la prisión preventiva es sinónimo de impartición de justicia o de sentencia condenatoria, pues es vital la aplicación de conceptos legales adecuados y con apego a los Derechos Humanos, evitar la divulgación de la información de los registros, documentos, objetos, imágenes o cosas que puedan afectar el desarrollo de una investigación, es decir, la fuga de información que afecte el seguimiento del proceso o los derechos de las víctimas u ofendidos y demás intervinientes en el procedimiento penal, además de evitar en mayor medida conceder entrevistas improvisadas en las que se aborden temas de una investigación penal, entre otras cuestiones.

Por lo que se debe evitar en la medida de lo posible la impugnación de actos de molestia o privación que restrinjan el ejercicio de sus derechos, hasta que tanto se emita sentencia que limite dichas prerrogativas, por lo que antes de la cual ninguna

persona puede ser sometida a restricciones de sus derechos a título de pena, aun cuando exista un alto grado de sospecha sobre la participación en hechos delictivos. El trato como culpable, responde a la restricción de derechos, mientras que el de inocente, al libre ejercicio de los mismos.

Por otro lado, la regla de trato material consiste en no realizar acciones que permitan asumir que la persona es culpable, cuando aún continúa el procedimiento de determinación de responsabilidad, por ejemplo, las acciones tendientes a mostrar al imputado ante la sociedad sin seguir los protocolos o guías de presentación ante medios de comunicación.

En este caso, cuando la persona es sometida a una medida cautelar que prive de la libertad temporalmente, se debe mencionar de manera clara, indicando que únicamente la finalidad es someterla al procedimiento, sin fincar responsabilidad por alguna conducta delictiva, y viceversa, el hecho de no someterla a prisión preventiva, no presume la falta de impartición de justicia.

Es decir, las autoridades deben abstenerse de deformar la realidad con la finalidad de exponer a una persona como culpable ante la sociedad y, sobre todo, ante las posibles partes del proceso, sino que más bien, esta presentación debe regirse por características exclusivamente descriptivas y nunca valorativas, *absteniéndose de brindar información sugestiva que exponga al detenido a un juicio paralelo y viole su derecho a ser tratado como inocente durante el trámite del procedimiento e, incluso, desde antes de que se inicie.*¹²⁸

Es verdad que la regla de trato en su modalidad de presentación ante medios de comunicación puede entrar en contradicción con el derecho de acceso a la información, pues el hecho de reservar la identidad y los datos del probable responsable puede ser un obstáculo, inclusive a la impartición de justicia, sobre todo para el inicio de otras denuncias si un miembro de la sociedad lo reconoce como posible autor o partícipe en hechos posiblemente constitutivos de delito.

¹²⁸ De acuerdo a lo establecido en las Tesis Aisladas con registro 2003695 y 2003693.

Sin embargo, debemos recordar que el derecho de acceso a la información presenta ciertas restricciones, una de ellas es precisamente el derecho a la intimidad y a la privacidad de las personas, mismo que se refleja cuando en el ejercicio del derecho de acceso a la información se vulneren los derechos humanos de los presuntos responsables, o cuando la persona se encuentre en una situación de vulnerabilidad que exija al juzgador la protección de su identidad¹²⁹ sobre todo el derecho a la presunción de inocencia, pues en la mayoría de las ocasiones no es necesaria la divulgación de los datos personales, incluyendo la imagen del procesado, sino hasta que es declarado responsable de la comisión o participación en alguna conducta delictiva.

La garantía consistente en regla de trato procesal va dirigida principalmente a las autoridades, pues contempla, entre otras situaciones, que éstas deben omitir realizar acciones tendientes a deformar o modificar la realidad con la finalidad de mostrar a una persona frente a la sociedad como responsable de la conducta delictiva.

Debemos recordar el caso tan mediado de Florence Marie Louise Cassez Crépin en donde a través del amparo en revisión 517/2011¹³⁰ se le otorgó la libertad absoluta toda vez que se revocó la sentencia recurrida por la violación a la presunción de inocencia en su modalidad de regla de trato, pues no se siguieron, por las autoridades, los protocolos de presentación ante medios de comunicación, generando un efecto corruptor que influyó inclusive en la presunción de inocencia en su modalidad de regla de prueba, que será explicado en líneas posteriores.

Es decir, la regla de trato significa que las autoridades en el ámbito de sus competencias y en todas sus actuaciones, debe limitarse a presentar ante la sociedad, de manera descriptiva y nunca valorativa, toda información que derive de un procedimiento penal o sancionatorio, es decir, la difusión de una manera objetiva e

¹²⁹ Artículo 20, apartado C, fracción V de la CPEUM y 109, fracción XXVI del CNPP.

¹³⁰ Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2016-10/ADR-517_2011_1.pdf, consultado el 18 de abril de 2019.

imparcial desde el momento de su detención hasta la acreditación de su responsabilidad¹³¹.

Aunque debemos mencionar, que toda presentación de información mal realizada ante la sociedad, vulnera la presunción de inocencia, pero no toda influye en el proceso penal, sino que existen ciertas características que se consideran para que puedan influir en un proceso judicial, como la violación al presunción de inocencia en:

(i) la conducta, credibilidad, reputación o antecedentes penales de alguna de las partes, testigos o posibles testigos; (ii) la posibilidad de que se produjere una confesión, admisión de hechos, declaración previa del imputado o la negativa a declarar; (iii) el resultado de exámenes o análisis a los que hubiese sido sometido alguien involucrado en el proceso; (iv) cualquier opinión sobre la culpabilidad del detenido; y, (v) el hecho de que alguien hubiera identificado al detenido, entre muchas otras.¹³²

Otra modalidad de garantía como regla de trato, y es de las más importantes, es precisamente que el juzgador debe evitar en la medida de lo posible la imposición de actos de molestia o privación que restrinjan el ejercicio de derechos, hasta que tanto se emita sentencia que limite dichas prerrogativas, por lo que “antes de la cual ninguna persona puede ser sometida a restricciones de sus derechos a título de pena, aun cuando exista un alto grado de sospecha sobre la participación en hechos delictivos.”¹³³

El trato como culpable, responde a la restricción de derechos, mientras que el de inocente, al libre ejercicio de los mismos, atendiendo a la prisión preventiva oficiosa al ser un acto de molestia durante el procedimiento, en donde el imputado no cuenta con la posibilidad de desvirtuar el uso de esa medida cautelar por ser una obligación del juzgador aplicarla, es una figura jurídica que hace presumir su culpabilidad, adicional a la idea de la sociedad, en donde una persona a la que no se le dicta alguna cautelar consistente en la privación de la libertad, en se considera que las autoridades no están impartiendo justicia de manera adecuada, hace presumir que el imputado es culpable.

¹³¹ Sirvan de apoyo las Tesis Aisladas 2003695 y 2003693, las cuales nos explican a grandes rasgos en qué consiste esta ponderación entre acceso a la información de todo individuo y el derecho a la privacidad e intimidad del procesado.

¹³² Según la siguiente Tesis aislada: Tesis: 1a. CLXXVII/2013 (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Registro 2003692. Primera Sala. Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1. Pág. 563. Tesis Aislada (Constitucional, Penal).

¹³³ Cárdenas, Raúl. *Op.Cit.* pág. 39.

Esta regla de tratamiento ordena a los jueces impedir en la mayor medida posible la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena, en este caso, el uso de la prisión preventiva oficiosa como una figura automatizada para los delitos de alto impacto, más allá de ser una solución, es una ficción social que intenta representar la impartición de justicia.

Es aquí donde podemos darnos cuenta que el derecho humano no puede materializarse si no trae aparejadas las garantías de protección, pues únicamente quedaría en letra muerta, ya que no se puede realizar lo plasmado en la norma de manera automática, sino que es necesario que ésta contemple las acciones precisas que debe realizar la autoridad para el respeto a la presunción de inocencia como regla de trato procesal, en este caso a través de una garantía formal, pues el Código Nacional de Procedimientos Penales, contempla el derecho del imputado a no ser exhibido en medios de comunicación, y, en caso de que así sea, la garantía material plasmada en la guía de presentación ante medios de comunicación la protege.

A.3.2. Regla de juicio o interpretación

La presunción de inocencia como garantía de juicio o interpretación, se refiere a que, tanto el legislativo como el ejecutivo, en ejercicio de sus funciones en sus competencias, se apeguen a la inocencia de una persona, misma que sólo podrá ser destruida a través una acreditación idónea y pertinente, y en caso de duda, debe estarse a lo favorable para el procesado.

Estamos ante una parte del principio *pro persona*, en donde, respecto a la aplicación de la norma por parte de juzgador, implica que la interpretación de las mismas debe ser siempre tendiente a dar la calidad de inocente al imputado, calidad que se destruirá con los datos y medios de prueba que aporte el Ministerio Público a través de la investigación, operando en conjunto con el principio *pro reo*, pues *su interpretación y alcance debe realizarse por el intérprete constitucional pero siempre considerando los*

*valores y principios protectores por la ley primaria suprema.*¹³⁴ La interpretación realizada por el juzgador con base a la presunción de inocencia lo obliga a brindar un margen de protección más allá del establecido en la norma.

La interpretación es un elemento primordial en la actividad legal, pues acerca la norma a la realidad social, ampliando el marco de acción del juzgador con ayuda de dispositivos legales de diversas ramas, incluso internacionales, que le permitan mejor proveer sus resoluciones.

Ahora bien, en cuanto a la prisión preventiva oficiosa, la interpretación es nula, pues constriñe al juzgador únicamente a imponer una medida cautelar a petición del legislador, sin importar las características del contexto de juzgamiento, inclusive el correspondiente a la imposición de las medidas cautelares, pues aunque nos encontremos ante un delito de alto impacto, no en todas las situaciones será necesario aplicar la prisión preventiva como mecanismo para sujetar al imputado al proceso penal, y en todo caso, debe acreditarse, lo cual es inexistente.

A.3.3. Regla de prueba

En el principio de presunción de inocencia como regla de prueba, podemos analizarlo desde la naturaleza¹³⁵.

Al ser una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario, la única manera de destruir esa presunción es a través de la acreditación de la culpabilidad, pues tal como indica el principio de derecho correspondiente a que el que afirma debe probar, deben existir los datos y medios de prueba pertinentes en la carpeta de investigación, tendientes a realizar la destrucción de la calidad de inocencia con la que cuenta el imputado.

En relación con el alcance del principio de presunción de inocencia, la Corte resaltó que este principio es un eje rector en el juicio y un estándar fundamental en la apreciación probatoria que establece límites a la subjetividad y discrecionalidad de la actividad judicial. Así, en un sistema democrático la apreciación de la prueba

¹³⁴ Herrera, Alberto. *Op.Cit.* pág. 47.

¹³⁵ De acuerdo a la Tesis Aislada con número de registro 2013214.

debe ser racional, objetiva e imparcial para desvirtuar la presunción de inocencia y generar certeza de la responsabilidad penal.¹³⁶

Investigación, la cual debe estar apegada a lo establecido en el artículo 129 Código Nacional de Procedimientos Penales, es decir, realizarse de manera objetiva con la finalidad del esclarecimiento de los hechos, no parcializando las diligencias hacia la víctima u ofendido, pues el imputado “no tiene la obligación de asumir carga probatoria alguna para demostrar su inocencia respecto de hecho antijurídico”¹³⁷, y aunque en la práctica, la defensa no puede ser en todos los casos pasiva, no lo obliga a acreditar la inocencia del imputado, pues vulneraría gravemente el derecho humano a la presunción de inocencia. El citado principio reposa en la necesidad de garantizarle al imputado que no será condenado sin que existan pruebas suficientes que destruyan su estatus de inocente; su finalidad es brindarle seguridad jurídica de que si no se demuestra su culpabilidad, no debe dictársele una sentencia condenatoria

A.3.4 Regla de creación del derecho

La presunción de inocencia no es un concepto restrictivo, sino extensivo, pues incluso puede invocarse en otras materias que no sean la penal, como la administrativa. Esta extensión de la presunción de inocencia abarca también los ámbitos de la división de poderes, sobre todo el poder legislativo.

Es decir, que el legislador no puede implementar figuras jurídicas que en donde se presuponga la culpabilidad de una persona sin tomar en cuenta las características especiales del hecho posiblemente constitutivo de delito, generalizando la aplicación de conceptos que necesariamente deben considerar el contexto.

Es aquí donde la prisión preventiva oficiosa nace como una contradicción en relación con la presunción de inocencia, pues la interpretación realizada por el legislador considera que cualquier persona que se adecue a la hipótesis normativa tiene un riesgo real aparejado que no necesita acreditación para la imposición de la medida cautelar.

¹³⁶ De acuerdo a lo establecido en CASO ZEGARRA MARÍN VS. PERÚ RESUMEN OFICIAL EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA A SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2017 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

¹³⁷ Herrera, Alberto. *Op.Cit.* pág. 74.

Así como en la impartición de justicia, la presunción de inocencia se considera un límite impuesto al juzgador, *constituye en el ámbito legislativo un límite al legislador frente a la configuración de normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad y conlleven para el acusado la carga de probar su inocencia.*¹³⁸ No puede implementar normas con contenido violatorio de derechos humanos, en donde las excepciones se vuelvan reglas debido a la implementación de una política criminal represiva de respuesta a problemas sociales que no se solucionaran con el cambio en el mundo legal sin tomar en cuenta otros mecanismos fácticos, como la educación, el acceso a oportunidades de desarrollo laboral, entre otros.

B. El Principio de Presunción de Inocencia como un Derecho Humano en el Sistema Jurídico Mexicano.

México es de los Estados que más firma convenios y tratados en diversas materias, según lo indicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tenemos firmados hasta 2018 por lo menos 210 en materia de Derechos Humanos, entre ellos los que contemplan el principio de presunción de inocencia, pero no siempre fue así, pues de manera similar a otros países, implementó el principio de presunción como derecho hasta la reforma realizada en materia de justicia penal de 2008, en donde ya se establece de manera textual dicho principio, derecho humano y sus garantías¹³⁹.

Igual que en México, diversos países europeos, como Italia, Portugal y Suiza, han integrado a la presunción de inocencia dentro de sus ordenamientos constitucionales a efecto de que ésta sea reconocida y observada de manera eficaz dentro de su sistema jurídico; de igual forma, en el Continente Americano lo han hecho Ecuador, Bolivia, Colombia, República Dominicana, Perú y Paraguay, por mencionar algunos; por lo que este fenómeno resulta ser un indicador de la importancia que este derecho tiene a nivel mundial dentro de los Estados y dentro de la comunidad internacional.¹⁴⁰

¹³⁸ Cárdenas, Raúl. *Op.Cit.* pág. 25.

¹³⁹ Consúltese la Tesis Aislada con registro 2000124, donde se indica que a partir del perfeccionamiento de la justicia penal en México con la reforma del 18 de junio de 2008, dicho principio se eleva expresamente a rango constitucional y queda contenido en el artículo 20, apartado B, fracción I de la Carta Magna Mexicana.

¹⁴⁰ Mercado, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia como un derecho fundamental*. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/7322/9258>. Publicado en la Revista Hechos y Derecho, 2015.

Hablar acerca del principio de presunción de inocencia como derecho humano dentro de cualquier sistema jurídico, sobre todo en el sistema jurídico mexicano, es poner sobre la mesa los elementos más importantes de la misma, pues no únicamente se trata de una garantía procesal que debe respetarse a lo largo de todo el procedimiento jurisdiccional, sino también, como ya se mencionó, un derecho fundamental que debe respetarse por la autoridad, lo cual en muchas ocasiones eso no sucedía, pues simplemente antes de la reforma no lo encontrábamos de manera explícita, generando un estado de incertidumbre al procesado, tal fue el grado que fue necesaria la interpretación de la Suprema Corte a través de un criterio aislado¹⁴¹ que explicaba que el principio de presunción de inocencia se encontraba protegido de manera implícita en nuestro sistema jurídico mexicano.

Fue gracias al desarrollo del derecho internacional y la necesidad de generar un compromiso con los Estados Miembros para que adoptaran en sus legislaciones de manera explícita dicho derecho:

A partir del siglo XVIII, tuvo una aceptación y reconocimiento universal como principio teórico informador del Derecho penal en el ámbito procesal, sin embargo, después fue reconocido como un derecho fundamental, contenido en forma explícita en ordenamientos jurídicos del ámbito internacional al igual que en ordenamientos jurídicos internos de algunos países, en atención al deber implícito de “garantizar” dentro de su país a toda persona, sea ciudadano o no, ese derecho fundamental.¹⁴²

A raíz de esta necesidad generada por el Derecho Internacional, el principio de presunción de inocencia, fue acogido como un derecho imprescindible en todo sistema jurídico que forma parte de los derechos humanos de primera generación, al implementarse en la reforma constitucional realizada el 18 de junio de 2008¹⁴³, que acompañado con la reforma en derechos humanos realizada en 2011¹⁴⁴ y la creación

¹⁴¹ Tesis Aislada número 186185.

¹⁴² López, Antonio. *La presunción de inocencia y el principio de culpabilidad en el sistema acusatorio*. México, Editorial UBIJUS, 2012, Pág. 82.

¹⁴³ Reforma integral que establece las bases para regular el sistema procesal penal acusatorio y aplica diversas modificaciones al sistema penitenciario y de seguridad pública. Se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, 73, 115 y 123.

¹⁴⁴ Reforma que reconoce constitucionalmente los derechos humanos de las personas y establece las garantías para lograr su efectiva protección. Incorpora disposiciones en materia de derechos humanos que den cumplimiento a los tratados internacionales de los que México sea parte. Se reforman y adicionan los artículos 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105.

del Código Nacional de Procedimientos Penales en el 2014, el principio de presunción de inocencia pasa de entenderse de manera implícita¹⁴⁵ y ahora que se convierte en una derecho fundamental de rango constitucional:

El derecho a la presunción de inocencia, ha sido considerado como un principio general orientador de los sistemas de enjuiciamiento penal acusatorio, y sólo en países que cuentan con una corriente garantista de derecho contemporáneo e integrador, en el que se pregonan las garantías individuales, mejor llamados derechos fundamentales del gobernado, es que lo comprenden dentro de marco constitucional.¹⁴⁶

Creando un efecto positivo en materia de justicia ya que los jueces están obligados a utilizar no únicamente el ordenamiento jurídico interno, sino que también deben tener presentes e invocar los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como ya se mencionaron anteriormente y realizar una interpretación de la norma conforme al principio *pro persona*, lo que permite al ampliar facultades a los jueces, éstos logren una protección trascendente de los derechos fundamentales, incluida la presunción de inocencia.

Al establecer la presunción de inocencia como un derecho humano dentro del sistema jurídico mexicano, se impulsaron numerosas repercusiones tanto en materia procesal y extra procesal, ya que la presunción de inocencia debe observarse desde que la autoridad tiene conocimiento del delito e inicia la investigación hasta que el juez emite la sentencia firme, no debe ser observada sólo por la autoridad jurisdiccional sino que debe ser extensiva y de observancia general, es decir, que aplique a todos los sujetos que se involucren antes durante y después del proceso penal.

El principio de presunción de inocencia es un derecho sustantivo fundamental, que tiene que ver más con la teoría del iusnaturalismo, porque deriva de la necesidad de considerar a toda persona como inocente hasta en tanto se demuestre su culpabilidad,

¹⁴⁵ Consúltense la Tesis Aislada número 186185, la cual nos indica que debía considerarse que los principios del debido proceso legal y el acusatorio estaban contemplando en forma implícita el principio de presunción de inocencia, lo que significaba que el procesado no estaba obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, es decir, que el acusado no tenía la carga de probar su inocencia, puesto que la Constitución le reconocía, a priori, tal estado, es decir, su estado de inocencia, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

¹⁴⁶ López, Antonio. *Op. Cit.* Pág. 82.

como una afirmación de que el individuo nace libre y sólo se le puede considerar culpable a través de un procedimiento que garantice el acceso a todos sus derechos y pruebe la culpabilidad, más nunca la inocencia de un individuo.

Una de las características resaltantes del mundo contemporáneo es el reconocimiento de que todo ser humano, por el hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales que la sociedad no puede arrebatarse lícitamente. Estos derechos no dependen de su reconocimiento por el estado ni son concesiones suyas [...] Son derechos universales que corresponden a todo habitante de la tierra.¹⁴⁷

También es importante mencionar, que desde la teoría del positivismo, todo derecho o garantía procesal debe establecerse de manera explícita en los ordenamientos jurídicos para que el particular pueda invocarlo, pues al aterrizarlo en la legislación se convierte en un derecho sustantivo fundamental, ya que se considera que es aquel que se encuentra consagrado en la ley fundamental, es decir, en la Constitución, dada su importancia para la personalidad del individuo o gobernado, dejando de lado y yendo más allá del tipo de reflexiones filosóficas, pues si no está contemplado el llamado principio de presunción de inocencia como derecho sustantivo fundamental en la Constitución, no adquiere tal calidad y se queda como un principio, pues:

“Si admitimos el rasgo de universalidad entonces tenemos que sacar los derechos humanos fuera del ámbito del sistema jurídico positivo. Porque, en efecto no hablamos de unos derechos que unos tienen y otros no tienen en función del sistema jurídico en que vivan. Hay una imposibilidad conceptual de afirmar simultáneamente que los derechos humanos son universales y que son producto del orden jurídico positivo, porque la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción de universalidad [...]”¹⁴⁸

El principio de presunción de inocencia como derecho humano se denomina a aquel en donde el imputado por algún delito sea tratado como “no culpable”, hasta que se determine a través de una sentencia firme su situación jurídica a lo largo de todo el procedimiento, evitando en la mayor de sus expresiones evitar la vulneración hacia su esfera jurídica individual, que incluye desde la no restricción de derechos hasta el trato recibido.

¹⁴⁷ Nikken, Pedro. *El concepto de Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, s.d. Pág. 16.

¹⁴⁸ Laporta, Francisco. *Sobre el concepto de derechos humanos*. s.d. Pág. 32. Documento electrónico disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/zip4.asp?texto=141710>.

Por lo tanto, si la presunción indica la probabilidad de no responsabilidad, esto se traslada en el proceso penal como un conjunto de derechos para el imputado y uno de obligaciones que debe acatar la autoridad jurisdiccional, es en este momento que la presunción se eleva a principio legal y dicho principio es un derecho fundamental y a la vez, una regla de tratamiento procesal.

El principio de presunción de inocencia es un derecho humano que mantiene relación con otros principios del Derecho Procesal Penal, uno de ellos es el principio acusatorio. El citado principio considera que corresponde al Ministerio Público la obligación de presentar las pruebas que acrediten el hecho que la ley considere como delito y la probable responsabilidad. Es decir, aplicando un razonamiento a *contrario sensu* podríamos afirmar que el imputado no tiene la obligación de probar la licitud de su conducta o su autoría y participación en los hechos delictivos, sino que la carga de la prueba se la arroja a la parte acusadora, en este caso el Ministerio Público.

La presunción de inocencia está en constante tensión con otros derechos, en particular con los de las víctimas a salvaguardar su integridad o a contrarrestar posibles riesgos de reincidencia, en protección al derecho de la sociedad a la seguridad ciudadana, así como con el derecho a la libertad de expresión o de información. En la defensa de cualquiera de estos derechos siempre existirá el interés de una persona o grupo frente al interés de la "sociedad".¹⁴⁹

Por otro lado, en concordancia con el principio del debido proceso que también resguarda relación con la presunción de inocencia, debido a que sólo se declara la culpabilidad por sentencia condenatoria y ésta debe lograrse bajo el respeto irrestricto de las formalidades esenciales del procedimiento establecidas en la ley.

La teoría de los derechos humanos y del moderno derecho procesal democrático plantean al principio in dubio pro reo como un componente sustancial del derecho a la presunción de inocencia, afirmación que algunos autores niegan, y desdeñan, confunden a uno con el otro y pretenden que el contenido del derecho a la presunción de inocencia es el principio in dubio pro reo.¹⁵⁰

Con todo lo anterior, podemos notar que la llegada de los derechos humanos a nuestro sistema jurídico, permitió, entre otras cuestiones, que se estableciera de manera

¹⁴⁹ Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*. Argentina: Editores del Puerto, 1996, Pág. 495.

¹⁵⁰ Aguilar, Miguel Ángel. *Presunción de inocencia: Principio fundamental en el sistema acusatorio*, Colección Estudios de la Magistratura 6, Instituto de la Judicatura Federal, 2009, Pág. 209.

expresa en la Constitución Política el principio de presunción de inocencia, generando que este adoptara el carácter de derecho humano, permitiéndole a los ciudadanos un estado de certidumbre jurídica respecto a este tema. Adicional, se permite invocar otros ordenamientos jurídicos de carácter internacional para fortalecer la defensa de este derecho humano con mecanismos jurídicos externos.

De este modo, los tratados internacionales de los que México es parte, nos llevan considerar, que el derecho a la presunción de inocencia ya formaba parte del derecho positivo y del derecho vigente en los Estados Unidos Mexicanos, antes de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, puesto que según el artículo 133 de nuestra Carta Magna: “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.”¹⁵¹

Es importante mencionar que a pesar del reconocimiento por parte del Estado mexicano de los derechos humanos con lo que contamos, se debe trabajar en otros aspectos para generar la coherencia entre figuras jurídicas y sobre todo los mecanismos que permitan una óptima aplicación de las mismas, éstas no deben vulnerar en ninguna parte del ámbito jurídico de la persona sus derechos humanos, refiriéndome más en específico a las figuras que pueden vulnerar este principio de presunción de inocencia, como lo son la prisión preventiva oficiosa y el arraigo, estas deben de regularse de tal manera que el principio de presunción no sea violado por ninguno de los sujetos del proceso penal, pues la libertad y el respeto a la dignidad son de los derechos más importantes del ser humano, temas que se desarrollará, en otros capítulos.

Tal como acertadamente lo indica Antonio López, lo cual menciono de manera textual para finalizar este capítulo:

De todo lo antes esbozado, se advierte que la presunción de inocencia al estar contemplada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en diversos instrumentos internacionales suscritos y adoptados por nuestro Estado, se convierte en un derecho fundamental para los gobernados que debe ser aplicado, respetando y tutelando de manera inmediata y directa por todos los órganos del

¹⁵¹ López, Antonio. *op. cit.*, Pág. 80.

Estado, dejando de ser un mero principio general de derecho y manifestando a obligatoriedad en su observación no sólo por parte de los órganos jurisdiccionales locales y federales, sino por todos los sectores que integran el Sistema de Justicia Penal, máxime tomando en consideración que a partir de junio de 2011, el artículo 1 constitucional, establece que las normas internacionales en materia de derechos humanos forman parte del Bloque de constitucionalidad.¹⁵²

C. Cartografía de la Presunción de Inocencia

Con lo anterior podríamos plasmar a través de la siguiente tabla un análisis desde las diferentes vertientes que se realiza la aplicación de la presunción de inocencia, que tal como lo hemos advertido en líneas anteriores, es un derecho humano complejo, pues necesita del respeto a otros derechos para que pueda ser integrado al procedimiento penal de manera adecuada, pues es una de las formas de mantener el debido proceso intacto, por lo que su definición y objetivo cambia dependiendo la situación en que sea aplicada.

¹⁵² *Ibidem.* Pág. 81.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO:

Derecho Humano	Principio	Garantía			
		De trato	De interpretación	De prueba	De creación del derecho
<p>Facultad reconocida al particular la cual se debe encontrar garantizada por el Estado para que pueda ser invocado.</p>	<p>Se considera un pilar o directriz que debe respetarse al establecer un límite a las actuaciones de todos los ámbitos de acción del Estado.</p>	<p>Considera que el imputado sometido a un procedimiento no debe sufrir restricciones a sus derechos hasta que exista una sentencia condenatoria.</p>	<p>El juzgador debe realizar un proceso cognitivo más allá de lo que establece la norma positivizada considerando al imputado como inocente hasta antes de sentencia.</p>	<p>Al ser una presunción iuris tantum, deben de acreditarse los elementos de culpabilidad que destruyan dicha presunción, misma que queda a cargo de la parte acusadora y no por parte del imputado acreditar su inocencia. En caso de duda, acudir al principio pro reo.</p>	<p>Permea en todos los poderes del Estado, incluso el legislativo, pues este último no debe de crear normas que presupongan la culpabilidad del imputado u obliguen al juzgador aplicar de manera automatizada figuras de excepción, tal como ocurre en la prisión preventiva oficiosa.</p>

CAPÍTULO III. LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL QUE VULNERA EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.**A. La figura de la prisión preventiva ¿instrumento de control del estado mexicano?**

Desde la creación del Estado, se han buscado mecanismos, ya sean sociales o jurídicos, que permitan la existencia, desarrollo y perpetuidad en el tiempo y espacio del mismo, aun en contra de quienes le otorgaron el ejercicio del poder cuando se realiza la firma del pacto social, pues el Estado es el aparato desde el que se ejerce el poder político y está compuesto por un conjunto de instituciones mediante las cuales actúa de manera imperativa, instituciones que emplean mecanismos con la finalidad de generar o mejorar las condiciones que permitan el desarrollo óptimo del mismo y por ende alcanzar sus objetivos como Estado.

Por lo que este trabajo tiene la finalidad de realizar un estudio de estos mecanismos desde la perspectiva de la complejidad, pues la formación jurídica no debe ser impedimento para estudiar problemáticas con ayuda de otros campos de conocimiento, por ejemplo, la sociología, pues es de notarse que varios conceptos que nacieron desde esa ciencia fueron arrastrados hacia el Derecho con la finalidad de complementarlo y bajo esa misma perspectiva, se deben tomar en cuenta los estudios realizados a las diferentes acciones en la sociedad para contemplar otros posibles escenarios, en pro de la interdisciplinariedad, porque tal como afirmaría Luhmann, el orden social es un complejo sistema orgánico y psíquico, producto de una gran diversidad de sistemas que operan e interactúan de manera simultánea o Kostenwein, la complejidad de las prácticas penales en nuestras sociedades no permiten realizar pronósticos simples.

Primeramente se realizará la descripción de los conceptos relativos a estos mecanismos que utiliza el Estado para ejercer el control social y el poder, en específico los de carácter jurídico y sociológico, con base en teorías clásicas del estado y del poder como las de Foucault o Weber.

Posteriormente se resalta la relación entre el ejercicio del poder del Estado y la creación de figuras jurídicas para ejercer el control social, porque no está de más mencionar que

uno de los instrumentos o medios más eficaces para reafirmar el control social es la materialización en el sistema jurídico, a través de la creación, derogación, modificación o ampliación de leyes, es decir, la consolidación de un sistema legislativo que permita la posibilidad de aplicación de esos instrumentos jurídicos de poder.

Después se pretenden indicar las características propias de un instrumento de control social y vincularlo con una figura específica del área penal: la prisión preventiva, para que nos permita saber si efectivamente ésta es una figura que encuadra como un instrumento de control social del Estado, pues se considera que algunas de las finalidades establecidas en nuestro Código Nacional de Procedimientos Penales, dejan presente que esta figura es utilizada como un control hacia la sociedad respecto a problemas de índole o impacto social.

Finalmente se presentarán conclusiones no vistas únicamente desde el terreno de lo jurídico, sino también desde el punto de vista sociológico para determinar la función social que desempeña la figura de la prisión preventiva.

A.1 El control social.

Primero es importante establecer la definición que se utilizará a lo largo de este trabajo respecto al término de control social, pues debemos hacer notar que a pesar de que la mayoría de los autores consideran elementos en común en sus definiciones, estas siempre son de acuerdo al contexto en que la utilizan, por lo que resulta adecuado indicar que entendemos por control social.

Para eso, debemos acudir a lo referido por Carrillo Prieto, que aunque establece una definición sencilla, da una idea de lo que queremos dar a entender *con control social*, pues considera que es el conjunto de instrumentos de que se vale el poder político para dirigir la sociedad.¹⁵³ Es decir, aquí podemos resaltar varios elementos que ayudarán más adelante a lo largo del capítulo, la cuestión de los instrumentos, el poder político y la dirección.

¹⁵³ Carrillo, Ignacio. *El control social formal*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, s/a, pág. 31.

Es precisamente que desde el punto de análisis de la prisión preventiva, sobre todo la oficiosa, pues notaremos que precisamente tiene la finalidad de ser un instrumento de control político, pero se verá más adelante.

Es así como el control social tiene la finalidad de preservar ciertas condiciones en una sociedad que permitan la reproducción de conductas por quien ejerce el poder, es decir, no se ejercer precisamente en favor de los intereses de una sociedad, como se establecía en la obra del Contrato Social de Rousseau, pues este último indicaba la necesidad del control otorgado para la conservación de la sociedad, sin embargo, ese concepto ha ido cambiando, pues ahora es de acuerdo al grupo hegemónico de poder.

Por lo que podemos afirmar que el control social se refiere ese conjunto de y técnicas, tanto formales como informales que tienden a preservar el estado en que se encuentra una sociedad, *status quo* que permite la aplicación en este caso, del poder por parte del Estado de la manera más idónea a dicho intereses a proteger.

A.2 El ejercicio del poder.

Respecto al ejercicio del poder, podemos afirmar, al igual que la cuestión del control social, que existen varias corrientes que desarrollan el concepto, sobre todo si partimos desde el ámbito de aplicación y hacia donde deseamos dirigirlo para obtener los resultados que esperamos encontrar, el control social:

Partiendo de esta noción general, puede decirse que existen distintas modalidades de ejercicio del poder, tales como la fe, la religión, la fuerza física, el poder psicológico o mental, el poder del dinero o cualquier otro mecanismo que pudiera llegar a tener influencia en la conducta humana.¹⁵⁴

Pero, en este trabajo, nos enfocaremos en el poder que se ejerce a través de mecanismos institucionalizados por parte del Estado, es decir, instrumentos basados en la legalidad. El ejercicio del poder ha sido un término estudiado principalmente por la sociología y llevado al terreno de la ciencia jurídica y las ciencias políticas, por lo que no es posible separarla de los elementos sociológicos que la caracterizan y para eso, debemos remitirnos a la sociología para entenderlo mejor.

¹⁵⁴ Huerta, Carla. *Mecanismos Constitucionales para el control del poder político*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pág. 5.

Uno de los autores que han abundado en el tema es precisamente Weber, quien desarrolla en tema del ejercicio del poder, como un mecanismo para sobreponer la voluntad individual o colectiva de determinado grupo a otro.

Una de las propuestas con mayor aceptación es la de Max Weber quien define el “poder” como aquella “posibilidad de imponer la propia voluntad sobre la conducta ajena.” Ante esta posibilidad el fenómeno del poder puede manifestarse en varios espacios y presentarse de diversas maneras como puede ser en la familia, en el trabajo, en la religión, en las relaciones económicas, sociales y en cualquier otro espacio que sea susceptible de modificación de conductas.¹⁵⁵

Es así como el ejercicio de poder va de la mano con el control social, pues en ambos se necesitan mecanismo específicos para lograr aplicarlos a la sociedad.

Por su parte, Foucault también desarrolla de manera interesante el tema del ejercicio del poder pues considera, primeramente que *el poder es como una relación de fuerzas, o más bien toda relación de fuerzas es una relación de poder [...] Toda fuerza ya es relación, es decir, poder: la fuerza no tiene otro objeto ni sujeto que la fuerza.*¹⁵⁶

Lo interesante con este autor, es que el poder no sólo forma parte de una relación donde el mismo es sujeto activo y los demás el sujeto pasivo, en donde la sociedad no aporta, sino que únicamente recibe la instrumentación, sin embargo, con Foucault se encuentran en tal circunstancia que generan una relación de fuerzas, tal como lo afirma, pues la sociedad si se considera como un elemento que aporte una fuerza a dicha correlación.

Aterrizando estas ideas en el mundo fáctico, ¿es posible que esa fuerza que ejerce la sociedad también pueda ser manipulada por el grupo hegemónico en el poder? Posiblemente si, a través de los controles informales, pues facilitan la introyección de valores que interesan o facilitan la implementación de interés ajenos.

En las teorías sociológicas del Estado se afirman, que el Estado es una realidad sociológica, pero es aventurado afirmar que únicamente cuentan con este aspecto, estamos en presencia de un complejo de hechos sociológicos, dejando completamente

¹⁵⁵ García, Miguel Ángel. *Instrumentos de control constitucional del poder político del Ejecutivo* en Revista Matices del Posgrado Aragón, México, 2010, pág. 174.

¹⁵⁶ Deleuze, Gilles. *Foucault*. Barcelona, Paidós, 1987, pág. 99.

a un lado todo el aspecto jurídico, aunque van relacionados. Pues la creación de mecanismos como las figuras jurídicas en leyes, como lo veremos más adelante en la prisión preventiva, permiten que el ejercicio del poder por parte del Estado se desarrolle de manera óptima.

El Estado Constitucional, es decir, el Estado democrático sometido a un sistema de derecho, se identifica por la existencia de un sistema de control más efectivo del poder, pero en cuanto a los límites de su ejercicio respecto a las personas que lo tienen, lo cual es diferente a lo que se desea proponer en este ensayo, pues se desea poner en la mesa la visión desde el Estado y sus mecanismos de control. La presencia de un Estado democrático o autoritario, no determina la utilización de medios para el ejercicio del poder, pero si se adoptan ciertas características para la implementación.

Las características que destacan en un estado democrático son principalmente las relativas a que todo poder debe estar sujeto a un control, habitualmente regido por el ordenamiento jurídico, teniendo como objetivo el bien común. Debe tener origen por medio de la delegación, es decir, debe estar basado en procedimientos que establezcan la elección quienes ejercerán el poder y que realizan la representación de la sociedad. La división de poderes también es un elemento importante, para que uno de ellos pueda poner ciertos límites a otro, entre otras cuestiones.

A.3 Instrumentos para el ejercicio del poder y control social por parte del Estado.

Para llevar a cabo este ejercicio por el Estado, debe de allegarse de herramientas que faciliten esta acción, es decir, de instrumentos para el ejercicio del poder y control social. Estos instrumentos y las fuentes u orígenes del derecho a tal ejercicio, tienen varios elementos que se hallan interrelacionados de una manera compleja, tal como lo veremos a continuación.

Existe diversidad de criterios acerca del estudio de los instrumentos para el ejercicio del poder, sin embargo resulta interesante traer lo afirmado por Galbraith, pues este autor considera que no hay que confundir entre la génesis del poder y los instrumentos para implementarlo:

Los tres instrumentos razonablemente obvios de su ejercicio no tienen nombres generalmente aceptados, por lo que es menester proporcionárselos; así pues, [...] los calificaré como: poder condigno, compensatorio y condicionado.¹⁵⁷

Así este autor indica que el primero consiste en conseguir la introyección, y por ende, la sumisión a través de la amenaza de ciertas consecuencias si elige la opción o alternativa no adecuada, así como cierta tendencia utilitarista de la pena, por su parte el poder compensatorio tiene como característica otorgar un beneficio a la persona que elige correctamente la alternativa y finalmente el poder condicionado, que es el que interesa para este capítulo, consiste en introyectar a través del convencimiento.

En contraste, el poder condicionado se ejerce cambiando la creencia. La persuasión, educación o el compromiso social a lo que parece natural, apropiado o correcto, hace que el individuo se someta a la voluntad de otro u otros. La sumisión refleja el curso preferido; el hecho de tal sumisión no se reconoce.¹⁵⁸

Es aquí donde surge una pregunta: ¿Siempre la implementación de este poder tipo condicionado es utilizado para bien de la sociedad? ¿Existe la posibilidad de aplicarlo para la introyección de intereses propios de los grupos de poder? Es decir, que el cambio de creencia generado en la sociedad respecto de la prisión preventiva para ser utilizada como un remedio a problemas sociales, tolerada y aceptada por la misma, aunque esto sea totalmente erróneo.

Otro elemento importante de mencionar son los instrumentos para ejercer el control social, y por ende generar las condiciones para ejercer el poder, en donde podemos encontrar dos tipos de manera general: *Los medios informales y los formales*¹⁵⁹, cuya diferencia radica en la institucionalización de las mismas.

Las medidas informales, son aquellas que no están institucionalizadas, como los medios de comunicación, la educación, las normas morales, entre otras, las cuales no tienen una formalización a través de normas o leyes escritas. Aunque, el hecho de que

¹⁵⁷ Galbraith, Jhon. *Anatomía del Poder*. México, Edivisión Compañía Editorial, 1986, pág. 19.

¹⁵⁸ *Ibidem*. pág. 19.

¹⁵⁹ Conf. ALTHUSSER, Louis: *Ideología y Aparatos Ideológicos del Estado*. Conf. Garrido Genovés, Vicente; Gómez Piñana, Ana M.: *Diccionario de criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. Reseñado en publicación *Elementos de control social en las naciones sin estado* por Eduardo Luis Aguirre.

no estén institucionalizadas, no les resta importancia, al contrario, cobran gran relevancia por ser las que modifican conductas sociales de manera más efectiva.

[...] se dice, control social informal cuando no hay en él, objetivamente coercibilidad. Equivale a control social mediato y es, en todo caso, la manipulación ciudadana, a partir de la economía, de lo religioso, de lo educativo, lo recreacional, es decir, con base en las instituciones y los medios de difusión que moldean la opinión pública.¹⁶⁰

Por su parte, las medidas formales de control social son las que se realizan por medio de instrumentos institucionalizados, es decir, por acciones plasmadas en cuerpos jurídicos, ya sea, en estatutos, leyes o regulaciones que tienen la finalidad de establecer consecuencias en contra las conductas que no están acorde a este *status quo* conveniente para el ejercicio del poder, por lo que estas medidas son respaldadas por el Estado y algunas otras instituciones, estableciéndose estos mecanismos de control social en las legislaciones de manera expresa.

Hay, en cambio, control social formal cuando se materializa en el sistema penal, en sus fases de creación (momento legislativo) de asignación o rotulación (momento judicial) y de ejecución (momento administrativo)¹⁶¹

Sin dificultad, podemos afirmar que los mecanismos destinados a establecer controles formales desempeñan un papel decisivo en el mantenimiento del orden social en sociedades. El uso de la fuerza como un medio para establecerlo, en forma de cuerpos jurídicos que proponen castigos formales, son por ende un instrumento eficaz para el logro de la conformidad de este *status quo* en la sociedad. Además de que estas medidas son respaldadas por el Estado y otras instituciones por medios explícitamente coactivos.

Los medio formales son manifestaciones que tienen alto grado de precisión y organización. En éstos se observa una jerarquía de autoridades que son las encargadas de crear y aplicar las normas. Estos comienzan a utilizarse cuando ya los medios informales no han cumplido su función. Sus finalidades fundamentales son la prevención y la represión en contra de acciones que pongan en riesgo el estatus en que la sociedad necesita permanecer para el ejercicio del poder por parte del Estado.

¹⁶⁰ Carrillo, Ignacio. *El control social formal*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, pág. 32.

¹⁶¹ Ídem.

Siguiendo la línea de Galbraith, Jansen por su parte, también realiza una clasificación del control social de acuerdo a la actividad coactiva del Estado, mencionando que desde su punto de vista existen dos tipos: A.- Control Social Persuasivo: el cual, muy parecido la anterior clasificación, intenta que la sociedad, y por ende, los individuos introyecten la norma y se adecuen a ella, pero sin algún mecanismo de coacción por parte del Estado, es decir, sólo a través de controles informales y B.- Control Social Coactivo, este si es un mecanismo de control empleado por el Estado para que sus individuos cumplan las normas a través de la intimidación que genera el cumplimiento de la hipótesis normativa e individualización de la sanción, pues bien, ese ente denominado Estado está al servicio del cumplimiento forzoso de las normas jurídicas.¹⁶²

De acuerdo a lo anterior, podemos advertir que la prisión preventiva es un instrumento de ejercicio de control social de tipo condigno, formal y coactivo, pues su finalidad es el de ejercer el poder punitivo del Estado a través de una figura que amenaza con consecuencias negativas a la libertad del sujeto que forma parte de la sociedad, está en contra del bien común y por ende, del *status quo*.

¿Para qué funciona realmente el control social desde el punto de vista de la prisión preventiva? Funciona para que en determinado momento puedan llevarse a cabo la implementación de instrumentos que favorezcan los intereses a proteger de los grupos de poder o por lo menos, propiciar un ámbito más óptimo.

El control social es una condición básica de la vida social, pues a través de él se asegura el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contrafácticamente, en caso de su fluctuación o incumplimiento, con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento.¹⁶³

Es un mecanismo de prevención general negativa dirigida a los integrantes de una sociedad, en este caso la mexicana, pero también especial, pues tiene la finalidad de inhabilitar a las personas sometidas a un procedimiento penal motivo de cierto catálogo de delitos contemplados en el artículo 19 constitucional.

¹⁶² Jansen, Víctor. *Control social y medios alternos para solución de conflictos*. Venezuela, Universidad de Carabobo, 2008, pág. 76.

¹⁶³ Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Colombia, Temis, 1999, pág. 10.

A.4 El Derecho como instrumento de control social y ejercicio del poder.

Siguiendo con el tema de los instrumentos de control social establecidos por el Estado para regular el status en el que debe permanecer una sociedad para ejercer el poder de manera óptima, podemos establecer que existen varios, entre ellos el Derecho, en específico el penal, pues resulta obvio que éste tiene por finalidad la coacción de ciertas conductas humanas y por ende es una de las formas de control social.

El Derecho encuadra perfectamente dentro de las definiciones y las características generales de todo control social, que ya mencionamos anteriormente, pero también es importante indicar que éste cuenta con características específicas y diferenciadoras, que lo hacen especial del resto de los controles sociales formales.

Por otra parte, el Derecho penal simboliza el sistema normativo más formalizado con una estructura más racional y cuenta con el más elevado grado de división del trabajo y especificidad funcional de entre todos los subsistemas normativos. Pero el control penal social cuenta con limitaciones estructurales inherentes a la peculiar naturaleza del mismo: no es posible exacerbar indefinidamente su efectividad mejorando su rendimiento. El castigo sólo es funcional si es limitado al comportamiento de una minoría; en otro caso pierde su función integradora. Se viene advirtiendo con fineza: más leyes, más penas, más cárceles significan más presos pero no necesariamente menos delitos.¹⁶⁴

Debemos resaltar de la cita anterior, que es precisamente una característica primordial del sistema penal: La racionalidad. Pues es este elemento y principio el que permite establecer los límites a la pretensión punitiva por parte del Estado, pues en caso de ir más allá, estaría perdiendo la función de ratio legis originaria. Por lo cual es importante precisar las funciones específicas del Derecho como control social, tal como indica Jorge Romero:

- 1) Solucionar "ordenadamente" los conflictos surgidos en el seno de la sociedad.
- 2) Coadyuvar a integrar la sociedad.
- 3) Mantener el "orden público" –la "ley y el orden"-.
- 4) Facilitar la acción cooperativa.
- 5) Fijar expectativas legítimas a los sujetos.
- 6) Conferir legitimidad a los actores sociales, a su espacio, roles y status.
- 7) Fortalecer el proceso de socialización.
- 8) Legitimar la autoridad establecida.
- 9) Sujetar la acción humana a reglas, uniformando conductas.

¹⁶⁴ Carrillo, Ignacio. *El control social formal*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996. Pág. 27.

- 10) Institucionalizar el cambio social.
- 11) Expresar y modular los usos sociales y las costumbres.¹⁶⁵

De acuerdo a este listado de funciones, precisamente se ha abusado acerca de la cuestión de utilizar el derecho para solucionar problemas, más bien, se está confundiendo la función real del Derecho penal consistente en la sanción de conductas, pues confiar en el derecho penal como primera y única opción para la solución de problemas, es totalmente errado.

Por su parte, de acuerdo a Gutiérrez, la tercera función del derecho es precisamente la de realizar el control social, pero de una manera distinta:

[...] lo que distingue el derecho de las otras formas de control social, es tener mayores y mejores mecanismos para la prevención y castigo de la conducta desviante. Se da una definición precisa de cuál es la conducta que se debe cumplir, lo que se hace muy frecuentemente en una norma escrita. Al mismo tiempo, estipulan sanciones, las medidas que se tomaran en caso de que los sujetos se comporten en una forma diferente de la prescrita. Se logra así una mayor certeza sobre la imperatividad del cumplimiento y se conduce a las personas la realización de los fines sociales, mediante el respeto a la ley¹⁶⁶

Con lo anterior podemos generar una relación entre el control social para ejercer el poder y el Derecho Penal, pues aunque pareciera mínima la unión entre ambos conceptos, es realmente relevante, pues como ya lo mencionamos, el control social se formaliza a través de este, pues una de las finalidades del derecho penal es la de proteger el status en la sociedad, a través del control social.

Resumiendo las ideas antes mencionadas, podemos concluir que las finalidades de la prisión preventiva, desde su punto de vista originario, es decir las funciones establecidas en la Carta Magna son:

- 1) Garantizar la comparecencia del imputado en el juicio.
- 2) Garantizar el desarrollo de la investigación.
- 3) Garantizar la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.

¹⁶⁵ Romero, Jorge Enrique. *Derecho, libertad y Control Social*. Costa Rica, Revista Filosófica Universitaria, 1982, pág. 73.

¹⁶⁶ Gutiérrez, Carlos José. *Las funciones del Derecho*. San José, Revista de Ciencias Jurídicas, 1980, pág. 113.

4) Evitar la obstaculización del procedimiento.

Regresemos a la cuestión del alejamiento de las funciones la prisión preventiva, por lo que surge la siguiente pregunta ¿En dónde entran las finalidades correspondientes a cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso? Son estas las características que son la punta del iceberg de la discusión de que la prisión preventiva es un instrumento de control social, pues podemos advertir que estas dos características finales, no se acercan nada a las finalidades antes descritas, sino más bien tienen el objetivo de sancionar al sujeto que ha reincidido en romper el orden social, un orden que es necesario para el ejercicio del poder por parte del Estado, como lo hemos estado mencionando, es la aplicación de un correctivo por reincidir respecto a esas conductas que alteran las condiciones estables de la sociedad.

Para este análisis es necesario acudir a las discusiones que se han generado en el terreno de la sociología respecto a la figura de la prisión preventiva, se empleará, tal como lo indicaba en la introducción del presente trabajo, pues *el abordaje de la prisión preventiva puede ser realizado desde distintas ramas de la sociología; al menos la sociología jurídica, la sociología de la justicia, la sociología del castigo, y por último, la sociología jurídico-penal, pueden expresar interés en la problemática.*¹⁶⁷

A.5 ¿La sociología jurídica como una respuesta al uso de la prisión preventiva oficiosa?

La prisión preventiva analizada desde la postura sociológica tiene matices completamente diferentes a los establecidos por la postura jurídica, lo que permite tener otra visión de panorama de ésta figura como instrumento de control social.

Debemos advertir al lector de profesión en derecho, que la vertiente sociológica, procura precisamente alejarse de los conceptos cerrados que proporciona el Derecho,

¹⁶⁷ Kostenwein, Ezequiel.. *Fundamentos: sociologías de la Prisión Preventiva* en VI Jornadas de Sociología de la UNLP, Argentina, Universidad Nacional de La Plata, 2010. Pág. 2.

para llevar el nivel de cognición a un nivel más elevado, o por lo menos en dirección diferente.

Entre los pocos autores de las ramas de la sociología que tocan el tema de la prisión preventiva, encontramos a Kostenwein, el cual indica la trascendencia que tiene el analizar los eventos desde otras vertientes, con la finalidad de notar las inconsistencias que están teniendo los mismos, pues un análisis desde el centro donde se está gestando el problema, sería inexacto, por lo que la sociología, a través de diversos métodos interdisciplinarios permite identificar otros elementos, por esa razón, tal como lo indica, la tarea es que intentaremos cimentar la importancia de una mirada del fenómeno exterior al ámbito del derecho, proveniente de diversas sociologías, sin el ánimo de denunciar tal o cual irregularidad en las tareas de los juristas (eso ya lo viene realizando la dogmática, justamente), sino para alcanzar una comprensión que impida tomar lo acontecido como una práctica irracional o cínica de los operadores jurídicos.¹⁶⁸

Es decir, que nos den elementos desde otros puntos de vista, que permitan resolver el conflicto de la prisión preventiva en el ámbito jurídico, elementos aliados de las cuestiones penales, pero conseguidos a través de procesos cognitivos similares, procesos que de manera muy similar a la teoría de sistemas, el funcionalismo y del sistema complejo, permite destacar elementos que desde un punto de vista donde el observador lo realiza desde otro ángulo, pues las grandes ventajas que ofrece este concepto es la de complejizar, como también lo han hecho otros métodos -por ejemplo el análisis funcional-, el estudio de las prácticas, sirviéndonos de tópicos erosivos del sentido común.¹⁶⁹

Una vez establecida la justificación del estudio de la prisión preventiva desde el punto de vista sociológico, Kostenwein da elementos para entender que el Derecho es una herramienta de control social, pues tiende a generar las circunstancias para dirigir ciertas conductas, obviamente esta afirmación no es exclusiva del ámbito de Derecho, pues considera que se puede analizar desde dos puntos *el derecho como orientador*

¹⁶⁸ *Ibidem*. Pág. 8.

¹⁶⁹ *Ibidem*. Pág. 14.

*de las prácticas, por un lado, y el derecho como práctica, por el otro.*¹⁷⁰ Es decir, regresamos a la teoría de función utilitaria de de la pena, en cuanto a la cuestión de que las sanciones, y por lo tanto, las medidas cautelares, deben tener una finalidad, que en este caso es orientar el actuar de los individuos, y una vez que se han adecuados a la hipótesis normativa, viene la etapa de aplicación de derecho o de práctica.

Todos estos elementos permiten realizar un estudio similar al de la posición jurídica, pero no tanto. Además de que permite destacar la importancia de estudiar a la prisión preventiva desde la perspectiva sociológica y no quedarnos únicamente en el terreno jurídico lleno de normas, sino ver que detrás de ello *hay un conjunto de prácticas regladas que al anular la espontaneidad del habitus, delimita y restringe las opciones de los agentes del derecho.*¹⁷¹

Por lo que la figura es analizada desde el punto de vista sociológico, lo cual no da más elementos para desmembrar a la prisión preventiva y ver los elementos desde otro punto de vista, es decir, es generar tal como lo indica el autor, *el de reconducir a la PP y arrastrarla de una esfera puramente dogmática a otra socio jurídica, en la cual ya no es posible trabajarla en tanto problema de respeto o trasgresión a los cánones y principios del derecho, sino como fenómeno complejo que posee sus lógicas singulares.*¹⁷²

La importancia de estudiar la prisión preventiva desde el ámbito de la sociología radica principalmente en que se agregan otros elementos que permiten el entendimiento de las funciones de la misma, así como el desarrollo de la figura, permitiendo así entender los objetivos que está teniendo dentro de una sociedad y los que desea alcanzar el Estado, sin embargo, en el momento que extraemos del ámbito jurídico y lo colocamos en el ámbito sociológico, realizar el estudio únicamente desde ese ámbito, también sería erróneo, pues lo que se busca es el apoyo de otras ciencias, como la antropología jurídica.

¹⁷⁰ *Ibidem.* Pág. 15.

¹⁷¹ *Ibidem.* Pág. 17.

¹⁷² *Ibidem* Pág. 18.

estamos en condiciones de sostener que mientras no logremos precisar la significación que ostenta la PP en la habitualidad de dicha cultura, las complicidades cotidianas que probablemente la hagan posible, relativizando incluso el peso de las fórmulas jurídicas (que nada dicen sobre las prácticas), difícilmente comprendamos las verdaderas motivaciones del problema: “desde fuera del mundo penal podemos ver los efectos que produce el uso de la PP pero no llegamos a conocer el cómo los produce, las prácticas y las ideas que los hacen posible.”¹⁷³

Lo importante de la afirmación anterior es precisamente la importancia de conocer todo los ámbitos de la prisión preventiva y los efectos que se tengan de la misma.

Kostenwein indica que la instrumentación de las figuras penales, específico la de la prisión preventiva, tiene importancia debido a que estas simplifican el control de las conductas de los sujetos miembros de una sociedad, permitiendo así que se generen conductas deseables en la misma, las cuales no pondrán en riesgo la estabilidad de la sociedad a la que pertenece.

No es el influjo moral lo que caracteriza las prácticas penales, sino su naturaleza instrumental y utilitaria que facilita el control de los ciudadanos –no sólo de los detenidos-, por medio de dispositivos disciplinarios que producen nuevas relaciones sociales.¹⁷⁴

En este sentido, la aportación es realmente valiosa, porque tal como nos dimos cuenta en el apartado de posición jurídica, lo único que desarrollan los autores es indicar que la prisión preventiva es una medida cautelar, sin embargo debemos establecer que es precisamente la prisión preventiva un mecanismo que se implementa para el control social que facilita la intimidación a través de una función preventiva especial, pues va dirigida a los miembros de una sociedad y a los individuos que caen en el supuesto hipotético, instaurando legitimidad.

Bon esto lo que quiero establecer, es que, precisamente, la sociedad no está comprendiendo que la prisión preventiva es una medida cautelar, no la sanción en sí, por lo que no se puede abusar de dicha figura.

Lo interesante es establecer ¿qué mecanismos se utilizaron para que las personas tengan ese concepto de la prisión preventiva? ¿Será acaso que las personas que están

¹⁷³ *Ibidem.* Pág. 26.

¹⁷⁴ *Ibidem.* Pág. 30.

ejerciendo el poder, lo lograron gracias los mecanismos formales? ¿Elegimos de lo ya elegido por ellos? Para estas preguntas auxilia la siguiente cita:

El castigo no es únicamente una táctica racional e instrumental –así lo ve Foucault según la lectura de Garland- ni tampoco emotivo y pasional –como en Durkheim-, sino que “es tanto una cuestión cultural como estratégica..., un ámbito de expresión de los valores y de las emociones como también un proceso de control”.¹⁷⁵

En fin, regresando a la prisión preventiva vista desde el punto de vista de su naturaleza como pena, permite entender que una de las funciones de la misma es la de reafirmar el carácter de control social.

Garland indica que de acuerdo a la postura que adopta Foucault en donde ve a la prisión preventiva también como pena, indica que ésta es una manera de alcanzar la adecuación de la conducta del sujeto a lo que se pretende para el control social que necesita el Estado:

La enfática descripción que hace Foucault del castigo como una tecnología de poder-conocimiento y su interpretación fundamentalmente política del desarrollo histórico han dado pie a un concepto instrumental y funcionalista del castigo, conforme al cual el sistema penal se adecua exclusivamente a los requerimientos del control social y su diseño responde a la necesidad de aumentar al máximo sus efectos como medio de control.¹⁷⁶

También es trascendente indicar que una de las funciones sociales de la prisión preventiva es la de otorgar soluciones cuando se presentan dificultades que alteran el orden social, las cuales no son analizadas desde la postura jurídica, pues *el encarcelamiento masivo y la fortificación privada pueden ser soluciones viables para el problema del orden social.*¹⁷⁷ Sin embargo otros autores como Rusche y Kirchheimer indican que lo importante es que se busque controlar y *governar conductas con objetivos instrumentales y políticos,*¹⁷⁸ en este caso, la prisión preventiva.

¹⁷⁵ Ídem.

¹⁷⁶ Garland, David. *Castigo y Sociedad Moderna. Un estudio de teoría social.* México, Editorial Siglo XXI, 1999, Pág. 195.

¹⁷⁷ Garland, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea.* Barcelona, Editorial Gedisa, 2001, Pág. 329.

¹⁷⁸ Kostenwein, Ezequiel. *Fundamentos: sociologías de la Prisión Preventiva* en VI Jornadas de Sociología de la UNLP, Argentina, Universidad Nacional de La Plata, 2010, Pág. 31.

Con este autor podemos sustentar la afirmación que se realizó en el inicio del trabajo, en donde se indicaba que la prisión preventiva era utilizada como un mecanismo que lejos de tener las finalidades meramente penales, tiene un trasfondo diferente, el de implementarse como una medida destinada a sancionar a los sujetos miembros de una sociedad que se enfocan en realizar conductas que pongan en riesgo el status quo indispensable que necesitan los Estados para el ejercicio del poder, alejándose de las finalidades otorgadas en el sistema penal, convirtiéndose en la solución a problemas sociales, *es un tipo particular de respuesta, una adaptación particular a los problemas específicos de orden social generados por la organización social de la modernidad tardía.*¹⁷⁹

¹⁷⁹ Ídem.

IV. RESPUESTA DESDE EL PUNTO DE VISTA PROCESAL A LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

Después de haber analizado el tema desde el punto de vista legal y sociológico, es necesario generar una respuesta desde el punto de vista procesal que permita la no imposición de la prisión preventiva oficiosa en todos los procesos penales en donde el probable responsable este siendo investigado por un delito que forme parte del catálogo establecido en el artículo 19 constitucional, por el simple hecho de estar ahí, obligando a la autoridad a justificar la imposición de la misma.

Para eso, es necesario leer detenidamente el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual establece que el único sujeto procesal que puede solicitar al juez la prisión preventiva es el Ministerio Público siempre y cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, es decir, el ministerio tiene que justificar ante el Juez de Control la imposición, a través de la acreditación de las causas que den origen a la misma, pues debemos mencionar que por el principio de imparcialidad del Juez, no podría imponerla sino solo a través de la solicitud de la Representación social, pues el artículo 19 constitucional contempla la imposición de la prisión preventivas oficiosa como obligatoria, pero la solicitud del Ministerio Publico no lo es, para lo cual hacemos la siguiente pregunta ¿Cómo evitamos que el Ministerio Público solicite la prisión preventiva oficiosa?

Para eso es necesario acudir al artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en donde indica que una alternativa, y al parecer, la única, para que el juez no imponga la prisión preventiva oficiosa y realice la sustitución por otra medida cautelar, es a través de la petición del Ministerio Público, por una circunstancia en específico: esta no sea proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad.

Es decir, el Ministerio Público debe acreditar la no “necesidad” de la medida cautelar oficiosa, tarea que quedaría a cargo de la defensa, pues con fundamento en el artículo

171 del Código Nacional, ésta puede ofrecer pruebas para la imposición, revisión, sustitución, modificación o cese de la prisión preventiva, lo cual obraría en la carpeta de investigación y podría ser invocado en la audiencia inicial en la parte relativa a la imposición de las medidas cautelares, inclusive si el delito forma parte del catálogo establecido en el artículo 19 constitucional, pues tal como lo establece el artículo 113, fracción VII del mismo código procesal, es un derecho del imputado solicitar ante la autoridad judicial la modificación de la medida cautelar que se le haya impuesto, en los casos en que se encuentre en prisión preventiva, sin excluir este supuesto a la oficiosa.

Adicional la defensa puede solicitar al Ministerio Público a través de algún escrito libre, que a su vez éste solicite la no imposición de la prisión preventiva oficiosa al Juez de control. Si la representación social funda y motiva la negativa de la solicitud, pueden surgir dos escenarios, uno en donde la defensa solicite actos de de investigación para el esclarecimiento de los hechos, en este caso, actos que permitan establecer la no necesidad de imposición de la medida cautelar privativa de libertad por las características del contexto del probable responsable, tal como lo mencionan los artículos 129 y 216 del Código Nacional, en donde atendiendo el principio de objetividad en la investigación, en donde el Ministerio Público tendría tres días para resolver en tres sentidos: la admisión, misma que permitiría que esto obren en la carpeta de investigación para ser invocados posteriormente en la audiencia inicial para acreditar que no se cumple con la proporcionalidad que caracteriza a la prisión preventiva; la omisión, en donde haríamos efectivo al recurso establecido en el artículo 258 del Código Nacional para que un Juez de Control resuelva en un plazo no mayor a 10 días y obligue al Ministerio Público a responder sobre la admisión o no de los mismos; o la tercera que sería la negativa de los actos de investigación, que se combatiría con el mismo recurso del artículo 258 del mencionado Código procesal.

Ahora, respecto a que dicha solicitud del Ministerio Público para la no imposición debe estar acompañada de la autorización del titular de la Procuraduría o el funcionario que en él delegue esa facultad, obliga a la autoridad a justificar su autorización con base a las actuaciones que obran en la carpeta de investigación, por lo que el ofrecimiento de

las pruebas por parte de la defensa son un elemento importante para dicha autorización.

Si aun así el Juez de control impone la prisión preventiva, podríamos promover el recurso de apelación contemplado en el artículo 467, en la hipótesis normativa marcada con la fracción V, del mismo código procesal en donde se argumentaría el carácter excepcional en su aplicación tal como lo contemplan los artículos 19 de la Constitución y del Código Nacional, ahora bien, ¿Un tribunal de alzada dejaría sin efectos una prisión preventiva oficiosa en donde la carpeta de investigación permita determinar la no proporcionalidad de la imposición?

Y es que la oficiosidad no debe estar acompañada de la obligación por parte del juzgador para imponerla, sino tomar en cuenta los elementos del contexto, tal como lo hemos estado mencionando, tal es así que el artículo 314 del Código Nacional menciona que, el Juez de control podrá admitir el desahogo de medios de prueba ofrecidos por el imputado o su Defensor, cuando, al inicio de la audiencia inicial o su continuación, justifiquen que ello resulta pertinente, obviamente se refiere a la imposición de la cautelar preventiva, lo que hace presumir que si obran en actuaciones las diligencias que muestren la no “necesidad” de la medida, es posible la no imposición de la prisión preventiva oficiosa automatizada.

IV. CONCLUSIONES

Por lo que, en suma, para el Estado mexicano la figura de la prisión preventiva tiene una característica de tipo preventivo porque tiene la objeto asegurar la presencia del procesado, evitando que se fugue ante la concreta e inminente amenaza de la pena privativa de la libertad mediante la sentencia. Esa es la función originaria de la prisión preventiva, la cual no debe excederse ni cambiar su naturaleza por cuestiones de la implementación de una política criminal alejada de solucionar los conflictos sociales, en donde la prisión preventiva es una figura jurídica que genera ficción social de impartición de justicia, haciendo creer que la imposición automática es sinónimo de “culpabilidad”.

Con lo anterior mencionado podemos darnos cuenta que el Estado al tener a su cargo el ejercicio del poder, debe de asegurar las condiciones en el ámbito social que permitan su acción, allegándose de elementos que le permitan alear los peligros de cualquier ataque que genere ese estado ideal o *status quo*. El control social siempre estará destinado a crear condiciones que predeterminen las conductas de la sociedad en la que se aplica por parte del Estado. El control social tiene como propósito mantener a los grupos sociales dentro de un orden formalmente aceptado y así lograr que se respeten las normativas básicas que contribuyan a generar organización y número mínimo de conflictivos para el Estado. Uno de los instrumentos para el ejercicio del control social es la aplicación del Derecho, en especial del Derecho Penal, la cual de una manera institucionalizada, hace formal la aplicación de esos instrumentos. Dentro del Derecho penal existe la figura de la prisión preventiva, que más allá de las finalidades establecidas en el marco jurídico penal, tienen la de establecer parámetros para las conductas a realizar dentro de la sociedad. La prisión preventiva es empleada como un mecanismo destinado a sancionar a los individuos de una sociedad, respecto a las conductas que coloquen en riesgo el *status quo* imprescindible que requieren los Estados para el ejercicio del poder, utilizándose como un instrumento para la solución a este problema social en específico.

La prisión preventiva es una medida cautelar (la más restrictiva de las medidas cautelares a disposición del Estado) que siempre debe atender un fin legítimo de carácter procesal: asegurar la comparecencia de la persona imputada al procedimiento penal y controlar otros riesgos procesales como los son la obstaculización de las investigaciones y la puesta en riesgo de la integridad de víctimas y testigos, tal y como lo establece la primera parte del párrafo segundo del artículo 19 constitucional

Sin embargo, su imposición siempre debe partir del principio de presunción de inocencia y estar motivada por las circunstancias del caso concreto, a través de un examen individualizado sobre los riesgos procesales por parte del órgano judicial y con independencia del delito por el cual se procesa a la persona imputada.

Para la Comisión Interamericana, la excepcionalidad de la prisión preventiva es consecuencia del principio de presunción inocencia, reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional. Este derecho dicta que en principio toda persona sometida a proceso debe ser juzgada en libertad.

Como se mencionaba con anterioridad, la imposición de la prisión preventiva debe obedecer a un examen individualizado que lleva a cabo el órgano jurisdiccional en función de la presencia o no de ciertos riesgos procesales. Ahora bien, la prisión preventiva oficiosa expropia a la prisión preventiva del ámbito judicial. Como bien lo dice la Comisión Interamericana, cuando la aplicación de la prisión preventiva se hace con base en criterios como el tipo de delito por el que se procesa a la persona, y por lo tanto se vuelve obligatoria por imperio de la ley, “la situación es aún más grave, porque se está ‘codificando’ por vía legislativa el debate judicial; y por tanto, limitándose la posibilidad de los jueces de valorar su necesidad y procedencia de acuerdo con las características del caso específico

De acuerdo con la Comisión Interamericana, el abuso de la prisión preventiva ha sido una de las principales causas de la profunda crisis del sistema penitenciario en los países del continente americano. El abuso de la prisión preventiva es una de las principales razones del hacinamiento de las prisiones en la región, lo cual a su vez

constituye una amenaza para la integridad personal de las personas privadas de la libertad

La adopción del sistema acusatorio en México incluyó la creación de un andamiaje regulatorio sobre medidas cautelares, que incluye la prisión preventiva, pero también otras medidas alternativas menos lesivas que no afectan la libertad personal o que la afectan de menor manera que la prisión preventiva. Sin embargo, como ya ha sido mencionado, la parte final del párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución contempla un régimen especial de aplicación automática de la prisión preventiva oficiosa en caso de imputación sobre ciertos tipos de delitos. En estos casos, las personas procesadas por estos tipos de delitos no tienen derecho a otras medidas cautelares previstas en la legislación procesal penal. Esta situación fue presentada al Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU, el cual, tras un análisis de la legislación aplicable en México, determinó que con la prisión preventiva oficiosa se daba un trato diferenciado que en un sentido amplio tenía como consecuencia ignorar el principio de igualdad entre los seres humanos, esto basado en la discriminación por “otra condición social” de acuerdo con lo establecido en los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴. En este sentido, el régimen especial establecido en el párrafo segundo del artículo 19 constitucional establece un trato diferenciado para las personas a las que se aplica la prisión preventiva oficiosa, trato que redundaba en el menoscabo del ejercicio de derechos en el marco del procedimiento penal. Esto lleva a constituir una categoría sospechosa en el análisis de prácticas discriminatorias. Y aunque la categoría sospechosa es avalada por un régimen establecido en la Constitución, la distinción que la genera no encuentra fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que puede considerarse que, desde un criterio estricto de convencionalidad, la prisión preventiva oficiosa constituye una práctica discriminatoria.

La seguridad ciudadana es un paradigma sobre políticas de seguridad basadas en los derechos humanos y que busca superar los paradigmas de corte punitivista en esta materia.

Después de analizar el uso de la prisión preventiva en la región, la Comisión Interamericana pudo afirmar que no hay evidencia empírica alguna que demuestre que el aumento en el uso de la prisión preventiva lleva a reducir la violencia y la inseguridad. En este sentido, las políticas de seguridad ancladas en el empleo de la prisión preventiva, como lo es el uso de la prisión preventiva oficiosa para combatir ciertos delitos, no sólo afectan la esfera de derechos de las personas a las que se impone la medida, sino que también se traducen en distractores y salidas falsas en la labor de diseño de políticas públicas que efectivamente puedan prevenir el delito.

La prisión preventiva oficiosa no sólo produce afectaciones a la parte acusada en el proceso penal, violando normas internacionales sobre derechos humanos. Hay varios argumentos por los que puede concluirse que la existencia de la prisión preventiva oficiosa está afectando la implementación del sistema acusatorio y por lo tanto el funcionamiento del sistema de justicia. En primer lugar, al ser de facto la prisión preventiva oficiosa una forma de pena anticipada, las fiscalías del país tienen un incentivo fácil para hacer descansar en esta anticipación de la pena la aparente eficacia del sistema de justicia, en lugar de invertir recursos en investigaciones criminales profesionales y eficientes con miras a acreditar la responsabilidad penal en juicio. Con este proceder, el desenvolvimiento y resultado del juicio oral pasa a un segundo plano, pues las autoridades podrían estar apostando a la privación de la libertad a partir de la prisión preventiva oficiosa como la forma de acreditar, política y socialmente, el correcto funcionamiento del sistema de justicia. En segundo lugar, la prisión preventiva oficiosa también libera a las fiscalías de la obligación de tener que fundar y motivar la imposición de medidas cautelares, lo que comprende una investigación seria sobre los riesgos procesales que conlleva dejar a la persona imputada en libertad. Por esta razón, la aplicación automática de la prisión preventiva va en detrimento de la capacidad de las fiscalías de llevar a cabo una investigación profesional y eficiente. En tercer lugar, la prisión preventiva oficiosa ha trastocado el que debería ser el normal flujo del procedimiento penal, esto con el sobredimensionamiento de la etapa de vinculación a proceso de la audiencia inicial. Al ser una medida privativa de la libertad de gran afectación para los derechos de la persona imputada, el asunto de la imposición de la prisión preventiva oficiosa ha ocasionado que en esta fase procesal se

anticipen cuestiones que tendrían que ser materia del juicio oral, como el desahogo de pruebas. La prisión preventiva oficiosa ha motivado que esta etapa 11 ante el juez de control se convierta en un juicio antes del juicio, con lo que se regresa a la lógica del litigio en etapas previas al juicio oral. La misma existencia de la vinculación a proceso se explica en buena parte debido a la prisión preventiva oficiosa. La prisión preventiva oficiosa genera un desequilibrio insalvable entre la persecución penal eficaz y los derechos de la persona imputada. El desequilibrio comienza porque un sistema de investigación en el modelo procesal acusatorio supone que para realizar la cautela del proceso no se requiera un estándar tan alto para imponer una medida, como lo es el estándar necesario para condenar a una persona. La salvaguarda de que el estándar no sea tan alto se relaciona con la posibilidad de permitir un debate sobre el riesgo procesal. Si se impide ese debate y la consecuencia de iniciar formalmente el proceso es la prisión preventiva oficiosa, se genera dicho desequilibrio. Por lo anterior, la prisión preventiva oficiosa trastoca la lógica del funcionamiento del sistema de justicia penal acusatorio. Por dicha razón, ésta tendría que ser una medida que tienda a desaparecer del sistema de justicia y no a tener una mayor presencia.

7. Excesiva amplitud de los supuestos de aplicación Como ya se ha mencionado, la prisión preventiva es una medida privativa sumamente restrictiva debido a las afectaciones a la libertad personal, por lo que la regulación de los supuestos en los que procede debe ser lo más precisa posible a fin de no dejar márgenes indebidos de discrecionalidad a los operadores del sistema de justicia en la aplicación de esta medida. Un defecto adicional de la regulación constitucional de la prisión preventiva oficiosa en México reside en la laxitud de conductas que dan lugar a la imposición aún más arbitraria de la medida cautelar. En este sentido, habiéndose contemplado indebidamente la prisión preventiva oficiosa, es obligación de las y los legisladores establecer supuestos de procedencia rigurosos y con la mayor precisión posible. Lo anterior tampoco ocurre en México a la luz del texto vigente y se podría agravar con algunos de los delitos que proponen ser adicionados como acreedores de la prisión preventiva oficiosa. Como bien lo ha concluido el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU: El Grupo de Trabajo nota que el artículo 19 de la Constitución actual requiere que los jueces impongan prisión preventiva automática en aquellos casos de “delitos graves que determine la ley, en

contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”. El Grupo de Trabajo 12 considera que este requisito es demasiado amplio, contrario al requisito del artículo 9, párr. 3 [del Pacto Internacional], al que el Comité de Derechos Humanos ha hecho referencia, donde indicó que los factores relevantes para determinar si es razonable y necesario imponer una prisión preventiva no deben incluir expresiones vagas ni estándares indeterminados como la “seguridad pública”²⁸. Por consiguiente y dada la ya actual ambigüedad y falta de certeza jurídica del párrafo segundo del artículo 19 constitucional, sería aún más preocupante la inclusión de tipos de delitos genéricos que dejen a la legislación secundaria la posibilidad de abarcar un mayor número de conductas, con lo cual se afectaría el derecho a la seguridad jurídica de la población y con lo que se le podría estar imponiendo esta medida arbitraria a una mayor cantidad de personas.

8. Falsa imputación de delitos La prisión preventiva oficiosa puede ser una medida a la que las autoridades recurren a fin de anticipar la imposición de penas y emplear las herramientas del derecho penal para fines ilegítimos, como puede ser la represión de movimientos sociales; la represión de manifestaciones públicas; el ataque a activistas, personas defensoras de derechos humanos o opositores políticos; la apariencia de funcionamiento de las instituciones ante la opinión pública y medios de comunicación; y la obtención de beneficios privados, entre otros posibles fines. En este sentido, las y los servidores públicos pueden verse tentados a presentar a personas ante los jueces de control por la supuesta comisión de delitos que ameritan la prisión preventiva oficiosa, se hayan o no cometido los mismos. Es preocupante que las autoridades lleven a cabo detenciones y se valgan de acciones ilegales para imputar la comisión de delitos que ameritan la prisión preventiva oficiosa, persiguiendo los fines arriba señalados. En el caso de algunos delitos es más complicado alcanzar el estándar requerido sobre la existencia de “datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”, establecido en la Constitución para la vinculación a proceso y la consiguiente imposición de la prisión preventiva oficiosa. Sin embargo, se ha documentado que hay ciertos delitos a los que las autoridades recurren para procesar a personas, algunos de ellos ya incluidos en el catálogo previsto en el párrafo segundo del artículo 19 constitucional, y otros que podrían llegar a estar

contemplados ahí en caso de decidirse la ampliación de supuestos de procedencia de esta medida. 28 Supra, nota 4, párr. 64. 13 Así, por ejemplo, en los últimos años el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha documentado cómo en el origen de varios de los casos que han ameritado decisiones de este mecanismo se encuentra la imputación por el delito de portación de armas, cartuchos o explosivos de uso exclusivo del Ejército²⁹. Particularmente en la Opinión 58/2016, se hicieron del conocimiento del Grupo de Trabajo pruebas contundentes sobre la colocación de un arma por parte de la policía para justificar el arresto de la víctima. En este sentido, la ampliación de los tipos de delitos que ameritarían prisión preventiva oficiosa a delitos como el señalado en el párrafo anterior podría ser un incentivo para servidores públicos para que actúen de manera ilegal y cometan detenciones arbitrarias.

La prisión preventiva oficiosa es una figura incompatible e irreconciliable con las normas internacionales de derechos humanos. Su vigencia es contraria al carácter excepcional de la prisión preventiva, trastoca la naturaleza procesal de la medida cautelar y lesiona los derechos a la libertad personal y el debido proceso, al tiempo que compromete otros derechos básicos como el relativo a la integridad personal. La prisión preventiva oficiosa trastoca y corrompe los fundamentos del sistema de justicia penal acusatorio, vulnera la independencia judicial, a la vez que constituye una salida falsa que atenta contra los principios del paradigma de seguridad ciudadana. Por lo anterior, organismos y mecanismos internacionales, como el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la detención arbitraria³¹ y el Relator de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes³², han recomendado a México derogar la prisión preventiva oficiosa.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aguilar, Miguel Ángel. *Presunción de inocencia: Principio fundamental en el sistema acusatorio*, Colección Estudios de la Magistratura 6, Instituto de la Judicatura Federal, 2009, Pág. 209.
2. Alberto Binder, *et al. Derecho Procesal Penal*. República Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, 2006, pág. 44.
3. Alexy, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003, págs. 21 a 31.
4. Alfonso x, el Sabio. *Las siete partidas*, Editorial del Cardo. pág. 120.
5. ALTHUSSER, Louis: *Ideología y Aparatos Ideológicos del Estado*. Conf. Garrido Genovés, Vicente; Gómez Piñana, Ana M.: *Diccionario de criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. Reseñado en publicación *Elementos de control social en las naciones sin estado* por Eduardo Luis Aguirre.
6. Arduino, Ileana, *et al. Reformas Procesales Penales en América Latina: discusiones Locales*. Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2005, pág. 91.
7. Arriaga, Luis y Hernández, Simón. *Auto de Vinculación a Proceso y prisión preventiva*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, versión electrónica disponible en: biblio.juridicas.unam.mx consultado el 20 de julio de 2017, 2013, pág. 1877.
8. Benavente, Hesbert. *Guía para el estudiante del Proceso Penal Acusatorio*. México, Flores Editor y Distribuidor, 2017. Pág. 116.
9. Bermares, Antonia. *Análisis de la prisión preventiva*. México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2003, Pág. 11.
10. Cáceres. Roberto. *Curso Medidas de coerción en el Nuevo Código Procesal Penal*. Perú, Academia de la Magistratura, 2016, Pág. 16.
11. Carbonell, Miguel. *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 183.

12. Cárdenas, Raúl. *La presunción de inocencia*. México, Editorial Porrúa, 2003. Pág. 26.
13. Carrillo, Ignacio. *El control social formal*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, s/a, pág. 31.
14. Cázarez, José Jesús. *Medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en el Estado de Michoacán*, México, Editorial Porrúa, 2008, Pág. 5.
15. Centro de Investigación para el Desarrollo. *Evaluación de la implementación y Operación a ocho años de Reforma Constitucional en Materia de Justicia*, México, CIDAC, 2016, pág. 69.
16. Chiara, Carlos. *Las Medidas de Coerción y las Garantías del Debido Proceso*. Argentina, s. d, s.d. [En línea]. Disponible en www.enj.org. Consultado el 12 de diciembre de 2017. Pág. 1.
17. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. *Guía Para Implementar Medidas Cautelares En Beneficio De Defensores De Los Derechos Humanos En México*. México, CNDH, 2010. Pág. 19.
18. Deleuze, Gilles. *Foucault*. Barcelona, Paidós, 1987, pág. 99.
19. Domínguez, José Alfredo. *Orden público y autonomía de la voluntad*. México, UNAM, s. d, pág. 83.
20. Esparza, Abelardo. *La prisión preventiva: Algunos criterios de política criminal*, México, Revista 4, Octubre-Diciembre, 1990.
21. Espinoza, Ricardo. *La presunción de Inocencia en el Sistema Acusatorio Mexicano*. México, Editorial Novum, 2012. Pág. 63.
22. Fabra, Jorge Luis y García Leonardo. *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*. México, UNAM-IIJ, 2015, pág. 418.
23. Galbraith, Jhon. *Anatomía del Poder*. México, Edivisión Compañía Editorial, 1986, pág. 19.
24. García, Miguel Ángel. *Instrumentos de control constitucional del poder político del Ejecutivo* en Revista Matices del Posgrado Aragón, México, 2010, pág. 174.
25. García, Ramírez. *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, pág. 259.

26. Garland, David. *Castigo y Sociedad Moderna. Un estudio de teoría social*. México, Editorial Siglo XXI, 1999, Pág. 195.
27. Garland, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona, Editorial Gedisa, 2001, Pág. 329.
28. Gómez, Arely. *Reforma Penal 2008-2016. El Sistema Penal Acusatorio en México*. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016, pág. 2.
29. González, Isaac. *Garantismo penal y multiculturalidad. Propuesta de análisis crítico de la Dogmática penal mexicana y su realidad en la diversidad cultural de México*. México, Editorial OBIJUS, 2011, pág. 21.
30. Gutiérrez, Carlos José. *Las funciones del Derecho*. San José, Revista de Ciencias Jurídicas, 1980, pág. 113.
31. Herrera, Alberto. *El Derecho a la presunción de inocencia*. México, Editorial Porrúa, 2012. Pág. 99.
32. Huerta, Carla. *Mecanismos Constitucionales para el control del poder político*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pág. 5.
33. Jaén, Manuel. *Derechos Fundamentales y el Debido Proceso*. Nicaragua, 2009, pág. 8.
34. Jansen, Víctor. *Control social y medios alternos para solución de conflictos*. Venezuela, Universidad de Carabobo, 2008, pág. 76.
35. Kostenwein, Ezequiel. *Fundamentos: sociologías de la Prisión Preventiva* en VI Jornadas de Sociología de la UNLP, Argentina, Universidad Nacional de La Plata, 2010, Pág. 31.
36. Laporta, Francisco. *Sobre el concepto de derechos humanos*. s.d. Pág. 32. Documento electrónico disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/zip4.asp?texto=141710>.
37. López, Antonio. *La presunción de inocencia y el principio de culpabilidad en el sistema acusatorio*. México, Editorial UBIJUS, 2012, Pág. 82.
38. Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*. Argentina: Editores del Puerto, 1996, Pág. 495.
39. Martínez, Rafael. *Diccionario jurídico. Teórico práctico*. México, IURE Editores, 2008. Pág. 537.

40. Mommsen, Teodoro. *Derecho penal romano*. Colombia, Editorial Temis, 1991. Pág. 215 y 216.
41. Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Colombia, Temis, 1999, pág. 10.
42. Nikken, Pedro. *El concepto de Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, s.d. Pág. 16.
43. Ortiz, Cristian. *Sobre prisión preventiva, y relación con el supuesto de peligrosidad*. México, 2010, pág. 2.
44. Polanco, Elías. *Procedimiento Penal Nacional Acusatorio y Oral*. México, Porrúa, 2016, pág. 234.
45. Ríos, Carlos. *PENA SIN DELITO: Percepciones acerca de la finalidad de la prisión preventiva en México*. EUA, Due Process of Law Foundation, 2016. Pág. 5.
46. Romero, Jorge Enrique. *Derecho, libertad y Control Social*. Costa Rica, Revista Filosófica Universitaria, 1982, pág. 73.
47. Romero, Juan Manuel. *Estudios sobre Argumentación Jurídica Principalista. Bases para la toma de decisiones Judiciales*. México, UNAM-IIJ, 2015, pág. 49.
48. Uribe, Oscar. *La prisión preventiva en el proceso penal acusatorio y oral en México*. México, Serie amarilla, temas políticos y sociales CEDIP, 2012. Pág. 12.
49. Villalba, Pablo. *Derecho Procesal Constitucional. Contenidos esenciales*. Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2016. Pág. 284.
50. Villatoro, Reyna. *Medidas de coerción personal y los parámetros que se utilizan para su aplicación (estudio realizado en los juzgados de primera instancia penal narcoactividad y delitos contra el ambiente del municipio de Quetzaltenango)*. Quetzaltenango, Universidad Rafael Landívar, 2012, Pág. XI.

HEMEROGRAFICAS

1. González, Isaac. *Contexto, criminalización y genocidio. Elementos de análisis del contexto como categoría ontológica en la criminalización social y el genocidio en: Alegatos*, año 32, núm. 98, México, enero-abril 2018. Pág. 74.

2. Mercado, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia como un derecho fundamental*. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/7322/9258>. Publicado en la Revista Hechos y Derecho, 2015.

MEDIOS ELECTRONICOS

<https://www.un.org/es/> consultado el 17 de junio de 2019.

<https://cdhdf.org.mx/> consultado el 02 de enero de 2017.

<http://www.oas.org/es/cidh/> consultado el 13 de agosto de 2018.

<http://www.corteidh.or.cr/> consultado el 06 de enero de 2018.

<http://www.senado.gob.mx/64/> consultado de 11 de diciembre de 2018.

<http://www.diputados.gob.mx/> consultado en 03 de agosto de 2018.

<https://www.juridicas.unam.mx/> consultado el 05 de enero de 2019.

<http://www.cndh.org.mx/> consultado el 04 de julio de 2019.

www.enj.org consultado el 1 de enero de 2018.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm> consultado el 05 de febrero de 2017.

Código Nacional de Procedimientos Penales disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm>.

Código Penal del Distrito Federal disponible en: <https://www.pgj.cdmx.gob.mx/nuestros-servicios/fiscalias-desconcentradas-y-coordinaciones-territoriales/fedapur/codigo-penal>.

Convención Americana sobre los Derechos Humanos disponible en:
https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.