



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo
acuerdo número 985162 de fecha 17 de agosto de 1998.

La Prisión Preventiva

en el Marco de los

Derechos Humanos.

Tesis que para obtener el grado de

Doctor en Derecho

Sustenta el

Mtro. Antonio Salcedo Flores

Director de la Tesis

Dr. Juan Federico Arriola Cantero

Agradezco

a

Mi Familia: Paty, Sandy, Quetzalli, Tere, Maru, Alicia, Guillermo...

Mis Maestro(a)s: Luis Roberto Íñiguez Camberos, Carlos Enríquez Escallón, Santiago Oñate Laborde, Pablo Vicente Monroy Gómez, Ana María Conesa Ruiz, Zulita Fellini, Liliana Fort Chávez, Agustín Pérez Carrillo, Hugo Saúl Ramírez García, Humberto Briseño Sierra...

Mi Amable Tribunal:

**Dr. Pedro Pablo Carmona Sánchez
Dr. Juan Federico Arriola Cantero
Dra. Dora María Sierra Madero
Dr. Hugo Saúl Ramírez García
Dr. Guillermo A. Tenorio Cueto
Dr. Miguel Ángel Lugo Galicia.**

Las Universidades: Metropolitana, Panamericana e Iberoamericana,

Su Personal Académico y Administrativo.

Mi Director de Tesis: Juan Federico Arriola Cantero, por su confianza.

Dios.

**LA PRISIÓN PREVENTIVA
EN EL MARCO DE
LOS DERECHOS HUMANOS**

Índice

Introducción página 7.

Capítulo I

La Prisión Preventiva

a) **Presentación**, 15; b) **Concepto**, 15; c) **Naturaleza jurídica**, 18; d) **Antecedentes de la prisión preventiva**, 28; e) **En el derecho mexicano**, 30; f) **Función de la prisión preventiva**, 34; g) **Síntesis**, 35.

Capítulo II

La Prisión Preventiva en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Un Problema Grave de Antinomias

a) **Presentación**, 37; b) **La reforma constitucional de 2008**, 39; c) **Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México**, 39; d) **Contenido de las reformas constitucionales de junio de 2008**, 42; e) **¿El nuevo proceso penal es acusatorio?**, 44; f) **Características del proceso penal acusatorio**, 46; g) **Características del proceso penal inquisitorial**, 49; h) **¿El nuevo proceso penal se rige por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación?**, 52; i) **¿El nuevo proceso penal, creado por la reforma constitucional de 2008, es más garantista de los derechos fundamentales que su antecesor?**, 53; j) **Las antinomias constitucionales**, 58; k) **El artículo 14 constitucional prohíbe la prisión preventiva**, 58; l) **Los artículos 18 y 19 constitucionales ordenan la prisión preventiva**, 59; m) **Demostración de las antinomias**

constitucionales a partir del modelo de Norberto Bobbio, 62; n) Síntesis, 63.

Capítulo III

La prisión preventiva y los derechos humanos

a) Presentación, 65; b) Los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación, 65; c) La reforma constitucional en materia de derechos humanos, vigente a partir del 11 de junio de 2011, 68; d) El principio *pro homine*, 69; e) Instrumentos jurídicos internacionales pertinentes, 71; f) La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), 72; g) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), 73; h) El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), 74; i) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), 75; j) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), 76; k) La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), 78; l) Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 79; m) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú, 81; n) Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, 82; ñ) El Comité de Derechos Humanos, 83; o) Observaciones y Recomendaciones a partir del Cuarto Informe de México, examinado en las Sesiones 1771^a a 1773^a, celebradas los días 22 y 23 de julio de 1999, 83; p) Observaciones y Recomendaciones a partir del Quinto Informe de México, examinado en las Sesiones 2686^a, 2687^a y 2688^a, celebradas los días 8 y 9 de marzo de 2010, 84; q) El Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, 84; r) Opiniones de Detención Arbitraria que contra México se emitieron en 2007, 85; s) Informe del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, respecto a la visita que realizó a México del 27 de octubre al 10 de noviembre de 2002, 86; t) Informe Preliminar del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Desaparición Forzada e Involuntaria, de su visita a México en marzo de 2011, 89; u) La

prisión preventiva en el marco de los derechos humanos, 90; v) Síntesis, 90.

Capítulo IV

La Prisión Preventiva y la Teoría General del Proceso

a) Presentación, 91; b) La teoría general del proceso, 91; c) El procedimiento, 91; d) Las formalidades esenciales del procedimiento, 92; e) Los principios generales del derecho procesal, 94; f) La prisión preventiva en la teoría general del proceso, 97; g) Síntesis, 99.

Capítulo V

La Prisión Preventiva en el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación

a) Presentación, 100; b) La prisión preventiva, 101; c) Problemas que ocasiona el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio, 102; d) Fortalezas del Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, 113; e) Síntesis, 115.

Capítulo VI

Solución de las Antinomias Constitucionales

a) Presentación, 116; b) Desarrollo, 116; c) Síntesis, 122.

Capítulo VII

Abolición de la Prisión Preventiva

a) Justificación, 123.

Capítulo VIII

Propuestas Alternativas

a) Presentación, 125; b) Medios de impugnación contra la prisión preventiva, 125; c) Apelación ante los tribunales del fuero común, 126; d) Juicio de amparo, 127; e) Ante el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Detención Arbitraria, 128; f) Ante el Sistema Interamericano de Justicia, 128; g) Síntesis, 128.

Conclusiones, 130.

Bibliografía y otros documentos, 132.

Anexos 144

1. Código Penal para el Distrito Federal. Delitos que merecen pena privativa de libertad y, por lo tanto, prisión preventiva, 144.
2. Código Penal Federal. Delitos que merecen pena privativa de libertad y, por lo tanto, prisión preventiva, 156.
3. Prisión Preventiva. Las Reformas Constitucionales de 2008. ¿Cómo las han incorporado a su propia legislación los Estados de Baja California, Chihuahua, Durango, México, Morelos, Oaxaca y Zacatecas?, 168.

Nota

El protocolo de esta investigación fue preparado con la guía del Dr. José Antonio Lozano Diez. El proyecto se vio fuertemente impulsado por el Dr. Hugo Saúl Ramírez García, y, con la orientación del Dr. Guillermo Antonio Tenorio Cueto, quedó listo para desarrollarse. Contó con la dirección de los Doctores Guillermo Antonio Tenorio Cueto, José Daniel Hidalgo Murillo y Juan Federico Arriola Cantero, quien finalmente lo aprobó. Lo hicieron posible los profesores y profesoras, autores y autoras, compañeros y compañeras que compartieron conmigo su conocimiento.

A todos y todas, ¡Muchas Gracias!

Introducción

Con la prisión preventiva privan de la libertad a una persona mientras ratifican su inocencia o declaran su culpabilidad. La libertad es uno de los derechos humanos más importantes, todos los órdenes jurídicos la protegen y, paradójicamente, casi todos ellos autorizan su privación antes de que se haya retirado la presunción de inocencia y antes de que el titular de ambos derechos haya sido juzgado. La prisión preventiva es considerada una de las medidas más extremas e injustas que impone el ordenamiento jurídico. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su último Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas,¹ dice haber identificado, en todos los sistemas de detención de la región, serias deficiencias estructurales que afectan gravemente derechos humanos inderogables, como el derecho a la vida y a la integridad personal de los reclusos, e impiden que en la práctica las penas privativas de la libertad cumplan con la finalidad esencial que establece la Convención Americana: la reforma y la readaptación social de las personas condenadas. La Comisión Interamericana asegura haber constatado que el respeto a los derechos de las personas privadas de libertad es uno de los principales desafíos que enfrentan los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, en los que ha observado, como problemas más graves y extendidos:

- a) Hacinamiento y sobrepoblación carcelaria;
- b) Deficientes condiciones de reclusión, tanto física como relativas a la falta de provisión de servicios básicos;
- c) Altos índices de violencia carcelaria y falta de control efectivo de las autoridades;
- d) Empleo de la tortura con fines de investigación criminal;
- e) Uso excesivo de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad en los centros penales;
- f) Uso excesivo de la detención preventiva, lo cual repercute directamente en la sobrepoblación carcelaria;
- g) Ausencia de medidas efectivas para la protección de grupos vulnerables;
- h) Falta de programas laborales y educativos, y la ausencia de transparencia en los mecanismos de acceso a estos programas; e
- i) Corrupción y falta de transparencia en la gestión penitenciaria.²

El informe que se comenta presenta un diagnóstico mesurado de las condiciones que privan en nuestras prisiones, no obstante su medida es evidente la crisis en que se encuentra el sistema carcelario. Si las condiciones apuntadas resultan inhumanas para quienes, después de juzgados, han sido encontrados culpables, son doblemente inhumanas para quienes se encuentran prisioneros provisionalmente, para quienes gozan de la presunción de inocencia, para quienes el Derecho manda que sean tratados como personas inocentes, sin menoscabo de sus derechos humanos.

El diagnóstico destaca el principio del trato humano, según el cual, afirma: toda persona privada de su libertad será tratada humanamente, con respeto irrestricto de su dignidad inherente, de sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; la Comisión nos recuerda el

¹ Aprobado el 31 de diciembre de 2011 y consultado el 28 de marzo de 2012, en la dirección electrónica <http://dl.dropbox.com/u/21215461/img/PPL2011esp.pdf>.

² Ib. Prefacio.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, precisamente el artículo 10, numeral 1: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.³

El objeto de esta investigación, la prisión preventiva, tiene lugar cuando existen datos que señalan a una persona como probable responsable de la comisión de un delito. Esos datos han sido recabados por el ministerio público, quien es una institución gubernamental encargada de investigar y perseguir las conductas aparentemente delictivas. El ministerio público preside un procedimiento preliminar en el que inicia la investigación, practica diligencias probatorias, hace cesar las conductas que considera constitutivas de delito, secuestra bienes, detiene personas. Todo lo hace en carácter de policía, es decir, considerando a las y a los investigados⁴ transgresores del orden público, enemigos públicos a los que, dadas su naturaleza y función, debe combatir y neutralizar. Durante la averiguación previa el ministerio público es juez y parte. Dirige la investigación y decide, en forma discrecional, cuándo, por qué y a quién llevar ante el juez. Como procurador de justicia asume el rol de adversario del investigado, lo persigue, acosa, detiene, incomunica, interroga, consigna y acusa. El ministerio público tiene sus propias cárceles, la ley las autoriza y mantiene con recursos públicos, son llamadas centros nacionales de arraigo o casas de seguridad.

El ministerio público se concentra en las procuradurías generales de justicia y tiene una naturaleza jurídica de perseguidor incansable y acusador sistemático. Cada averiguación previa que no concluye en consignación significa para él una investigación infructuosa, una derrota; cada proceso judicial que no concluye con la imposición de una pena lo considera un desprestigio. Ofrece y paga recompensas por delaciones anónimas y formales. Se apropia los bienes materiales de quienes resultan condenados y en ocasiones los comparte con el delator.

El ministerio público, para financiar sus actividades, tiene a su disposición el dinero producido por el trabajo y las aportaciones de la sociedad. Para cumplir su función cuenta con la colaboración voluntaria y forzada de todos: órganos de gobierno y particulares. Su dirección de servicios periciales es de lo mejor, en la labor de obtener y proveer información relacionada con el delito no tiene igual. Los agentes del ministerio público son bien remunerados y cada vez que envían a alguien a prisión reciben una significativa suma de dinero extra.

Sus actuaciones las lleva a cabo en un ambiente de plena libertad y apoyado por todas las policías del país. Puede solicitar el respaldo del Ejército, la Marina y la Fuerza Aérea, nacionales e internacionales, quienes, junto con las policías, poseen amplia capacitación física y mental, tecnología de punta y armamento.

El ministerio público, junto con sus policías y el ejército, son las instituciones más acusadas ante las Comisiones Nacionales e Internacionales de Derechos Humanos. Se les considera los organismos públicos más corruptos del país, los más arbitrarios y los más incompetentes. Se les reprocha el dar facilidades a los grandes criminales para que

³ Ib.

⁴ Esta investigación no descuida la perspectiva de género, menos puede hacerlo si consideramos que en los últimos años ha crecido significativamente el número de mujeres privadas de su libertad y que este crecimiento ha sido en una proporción mayor respecto de los hombres; sin embargo, por cuestiones de claridad en la exposición, respetaremos la redacción que aparece en los textos legales.

evadan la acción de la justicia; se les acusa de conducirse con desmesurado celo en contra de la gente de escasos recursos, sobre quienes despliegan todo su poder, a fin de hacerlos pagar delitos menores, llenar estadísticas y sobrepoblar cárceles; tratando así de compensar su falta de aplicación en la investigación, persecución, aseguramiento, acusación y castigo de los criminales que verdaderamente perjudican a la sociedad. Usan todo su potencial para detener, consignar, acusar y castigar a indiciados que no representan dificultad, riesgo o amenaza considerables. En México se ha creado un marco legal que autoriza a las fuerzas públicas a detener a cualquier persona sin orden judicial, sin supervisión civil y sin responsabilidad por detenciones arbitrarias. La Constitución les permite operar discrecional e impunemente. Se les señala como responsables del mayor número de las violaciones que contra los derechos humanos se cometen en nuestro país; han sido reiteradamente denunciados por los delitos de detención arbitraria, secuestro, tortura, extorsión, desaparición forzada de personas, homicidio, abuso de autoridad, delincuencia organizada, etcétera, etcétera, etcétera, y nunca, en el ámbito nacional, se ha dictado en su contra condena alguna.⁵

Este ministerio público, sus policías y el ejército, cuerpos todos de la fuerza pública, son quienes, de acuerdo con las reformas practicadas a la Constitución en 2008, deciden si a la persona detenida se le aplica la prisión preventiva o enfrenta el proceso penal en libertad provisional bajo caución. Esa decisión ya no le corresponde al juez, ahora es atribución de la policía, del ejército, del acusador, como lo probaremos en los capítulos II y V de esta investigación.

El ministerio público también es llamado fiscal, investigador, acusador, garante del orden público, representante social, *la ley*.

La contraparte del ministerio público es el reo, una persona particular, señalada y tratada, desde un principio, como enemigo público, sin importar que para el Derecho sea inocente. El reo, indiciado, sospechoso, acusado, delincuente, procesado o *presunto*, debe financiar su defensa con medios propios. Lo primero que pierde es su libertad y con ella su trabajo, salario, familia, tránsito, tranquilidad, salud, domicilio, reputación, expresión, comunicación, derecho a defenderse, su humanidad. No cuenta con auxiliares públicos ni privados, debe cuidar su integridad física y su vida misma, que, en su nueva comunidad, se encuentran más amenazadas que nunca. La prisión no es un ambiente propicio para la calma, la reflexión, la concentración y la realización de las actividades que exige un proceso en el que se defiende la libertad presente y futura. La cárcel y sus personajes son seres imperturbables, no les importa que alguien más sea condenado a pasar el resto de sus días recluido.

⁵ Organización de las Naciones Unidas, ONU. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial, Sir Niger Rodley, presentado con arreglo a la resolución 1999/32 de la Comisión de Derechos Humanos.

ONU. Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México, 2004.

Centro de Investigaciones Docentes y Económicas, CIDE. Estudios sobre la Población Carcelaria de México, informes de 2000 a 2010.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. Informe de enero de 2011.

ONU. Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada e Involuntaria. Informe preliminar de su visita a México en marzo de 2011.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Informe de diciembre de 2011.

Como fácilmente puede deducirse, el pleito entre ministerio público y reo no se entabla en condiciones de igualdad. Al primero lo financian las arcas públicas, para las que el mismo reo y sus familiares contribuyen al pagar sus impuestos; el segundo tiene que cubrir personalmente y ya sin empleo, los costos de su procedimiento, no cuenta con servicios periciales, tampoco con el apoyo de las instituciones públicas y menos aun de la policía y los demás elementos de la fuerza pública. No tiene acceso a la tecnología de punta ni al armamento. Ni siquiera puede salir a conseguir pruebas.

Considerando lo anterior, y a fin de reducir un poco el evidente desequilibrio que existe entre las partes, buscando la igualdad que exigen las reglas del proceso y tomando en cuenta los graves daños que acarrea la pérdida de la libertad, el Derecho ha establecido algunas normas básicas o garantías mínimas que deben cumplirse ineludiblemente en todo procedimiento penal para que éste sea válido. Entre esas normas mínimas se encuentran la garantía de debido proceso, la presunción de inocencia y los principios *pro homine* (debe favorecerse a la persona) e *in dubio pro reo* (la duda debe resolverse en favor del acusado).

La garantía de debido proceso, consagrada en el artículo 14 constitucional, prohíbe que una persona sea privada de su libertad, si antes no ha sido juzgada con las formalidades esenciales del procedimiento, si antes no ha perdido su presunción de inocencia o si antes no ha sido encontrada culpable. Es decir, antes de la privación de libertad, debe tramitarse un juicio en el que al procesado se le informe de los cargos que existen en su contra, se le brinde la oportunidad de contestarlos, de ofrecer pruebas en su defensa y desvirtuar la acusación, de alegar, de ser sentenciado de acuerdo con las reglas de la lógica y de la experiencia y de inconformarse con la resolución que considere equivocada; todos esos derechos debe garantizarlos la autoridad de manera efectiva.

La presunción de inocencia, contenida expresamente en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución, reconoce el derecho de toda persona detenida a ser considerada inocente mientras no se demuestre lo contrario. En consecuencia, toda persona detenida debe ser tratada en la forma que merecen los inocentes, prerrogativas que perderá hasta el momento en que, después de haber sido debidamente juzgada, sea encontrada culpable.

El principio *pro homine*, establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁶ en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷ y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁸, así como reconocido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹ y del Poder Judicial de la Federación¹⁰ dispone que cuando se trate de privar de derechos a alguien, se

⁶ Artículo 29.

⁷ Artículo 5.

⁸ Artículo 1.

⁹ Serie C, Nos. 72, 93, 101, 135 y 137.

¹⁰ Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en Revisión 799/2003. 21 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX, Octubre de 2004, p. 2385, Tesis I.4º.A.441ª. Tesis Aislada. Materia Administrativa. Mismo Tribunal. Amparo Directo 202/2004. 20 de Octubre de 2004. Unanimidad de votos. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Febrero de 2005, p. 1744, Tesis I.4º.A.464ª. Tesis Aislada. Materia Administrativa.

aplicará la norma más restringida y cuando se trate de reconocerle derechos se aplicará la norma más extensa, siempre en beneficio de la persona.

El principio general de derecho de *in dubio pro reo*, reconocido expresamente por la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia¹¹ y estrechamente relacionado con el de presunción de inocencia, establece que para imponer una condena, el juez o tribunal deben considerar que los hechos procesados han quedado demostrados más allá de toda duda razonable. Es decir, en los casos en que para el juez exista duda razonable, debe absolverse al reo.

La prisión preventiva viola todas y cada una de las garantías líneas arriba mencionadas. Demostrarlo es uno de los objetivos de esta investigación, si lo alcanzamos, iremos en pos de otro, consistente en aportar soluciones.

La metodología será la siguiente

1. Analizaremos a la prisión preventiva en tres campos jurídicos fundamentales, a saber:
 - a) La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los instrumentos jurídicos internacionales aceptados por nuestro país;
 - b) Los Derechos Humanos; y
 - c) La Teoría General del Proceso.
2. Constataremos si la prisión preventiva es compatible o no con los principios respectivos de esos ámbitos jurídicos fundamentales.

Además del estudio técnico jurídico ¿Por qué la prisión preventiva merece una investigación doctoral?

Porque es una situación contraria a la naturaleza humana, porque consume gran cantidad de recursos humanos y materiales; produce y envilece criminales, inflige tratos crueles e inhumanos a los reos y a sus familiares; es un factor de corrupción y miseria que perjudica a toda la sociedad, a quien no beneficia de manera alguna.¹²

En cuanto al alcance de la prisión preventiva, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acota: toda persona privada de libertad tendrá derecho, en todo momento y circunstancia, a la protección de y al acceso regular a jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales, establecidos con anterioridad por la ley.¹³ El reciente y constitucionalmente creado juez de control, no es independiente y menos imparcial, como demostraremos en el Capítulo V de esta investigación.

Con ese mismo espíritu, agrega la Comisión, la Corte Interamericana, en su jurisprudencia, ha sostenido consistentemente a partir de los casos Loayza Tamayo y de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) que “una persona ilegalmente detenida

¹¹ Kordic y Cerkez. Sala de Apelaciones, 17 de diciembre de 2004, párrafo 833.

¹² Huacuja Betancourt, Sergio. La desaparición de la prisión preventiva, Editorial Trillas, Ciudad de México, 1989, pp. 111-112.

¹³ Informe de fecha 31 de diciembre de 2011, p. 54.

se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad.¹⁴ Ha sentado como principio fundamental que, “El análisis por la autoridad competente de un recurso judicial que controvierte la legalidad de la privación de libertad no puede reducirse a una mera formalidad, sino debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas, de acuerdo a los parámetros establecidos por la Convención Americana.”¹⁵ Sobre esto volveremos en los Capítulos III, IV, V y VIII.

La restricción de derechos como la vida, la integridad personal y el debido proceso, no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional de los derechos humanos, afirma la Comisión en el punto 241 de su informe.

Las personas privadas de su libertad, conservan y tienen derecho de ejercitar sus derechos fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional, independientemente de su situación jurídica o del momento procesal en que se encuentren, en particular su derecho a ser tratadas humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, reafirma la Comisión en el numeral 9 del informe.

La prisión preventiva, concluye la Comisión, es un ambiente cerrado en el que la persona privada de libertad está bajo el control absoluto del Estado, y en muchos casos a merced de otros reclusos... en el que sus familiares reciben tratos humillantes y denigrantes... en el que, sin justificación, se afectan sus derechos a la vida, a la libertad, a la integridad personal, a la salud y a la familia, particularmente.¹⁶

Demostraremos que la institución jurídica de la prisión preventiva priva de todos sus derechos humanos a la persona que está siendo investigada a fin de determinar si se confirma su inocencia o se le encuentra culpable, haciendo caso omiso a los instrumentos jurídicos internacionales invocados, así como a la reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La prisión preventiva satisface sentimientos insanos de venganza, poder, segregación y exterminio, en detrimento de los grupos sociales menos favorecidos.¹⁷ Son muy pocos los poderosos que ingresan a los reclusorios y menos los que llegan a las penitenciarías.

¹⁴ Ib. p. 48.

¹⁵ Ib. p. 53.

¹⁶ Ib. pp. 134 y 231.

¹⁷ Esa es una verdad que siempre se ha conocido y que confirman los Estudios Sobre la Población Carcelaria de México, que en los años de 2000 a 2010, realizó el Centro de Investigaciones Docentes y Económicas, CIDE, por conducto de sus investigadores Marcelo Bergman, Layda Negrete y Elena Azaola; consultable en la Sección de Estudios Jurídicos y Sociales de ese centro. En el mismo sentido apunta la investigación realizada y reportada por la organización de derechos humanos denominada Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA) y la red mundial de investigadores y analistas denominada Instituto Transnacional (TNI), publicada en la Revista Proceso del 23 de diciembre de 2010. Así también se pronuncia el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Comisión de Derechos Humanos, Consejo Económico y Social, Organización de las Naciones Unidas, en el Informe acerca de la visita que realizó a México del 27 de octubre al 10 de noviembre de 2002. E/CN.4/2003/8/Add.3, de fecha 17 de diciembre de 2002.

Según consta en el último informe sobre la materia carcelaria, dado a conocer el mes de enero de 2011, por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión;¹⁸ de los internos del país, aproximadamente el 40% están por robos menores o por *narcomenudeo*; el 75% de los que están por robo, es por robo menor a \$ 6,000.00. El 25% de los que esperan sentencia, están siendo juzgados por robo menor a \$ 1000.00; el 5% por robo mayor a \$ 75,000.00. El 25% de la población carcelaria en México, están por delitos federales: contra la salud y narcotráfico. De éstos el 10% traficaba mercancía con un valor mayor a \$ 3,900.00; el otro 90% eran consumidores o *narcomenudistas*, que traficaban mercancía que no rebasaba \$ 1,168.00. México ocupa el sexto lugar mundial entre los países con mayor población carcelaria. En noviembre del año 2010, mantenía reclusas a 229,000 personas, la capacidad de sus cárceles, que era de 172,000 internos, se encontraba rebasada en 32%, 57,000 presos más. Su población carcelaria aumentó 25% del año 2000 al 2010. Del total de detenidos en México, en noviembre de 2010, el 43%, 98,470 personas, eran inocentes, es decir, no se les había encontrado culpables y tampoco habían perdido la presunción de inocencia que expresamente les reconocen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el derecho internacional, sin embargo, estaban presas.

De los internos en las penitenciarías del Distrito Federal y el Estado de México, el 55% cumple sentencia por robo y la mitad de ellos es por un monto de \$ 5,000.00 o menos, mientras que la cuarta parte corresponde a robos de menos de \$ 700.00.¹⁹

El 93% de los detenidos no conocen a su juez, ni siquiera lo han visto. Un porcentaje igual al anterior nunca vio orden de aprehensión.²⁰

El sistema carcelario mexicano consume fondos públicos de \$ 32,000'000,000.00 (treinta y dos mil millones de pesos) al año,²¹ no obstante que el 78% de los reclusos es alimentado por su familia.²²

El 95% de las sentencias penales en el Distrito Federal son condenatorias, porcentaje que tristemente coincide con el de los asuntos cuya responsabilidad corresponde a la Defensoría de Oficio.

El 92% de las sentencias no se basaron en evidencia física, para ellas la prueba fundamental fue la indiciaria, es decir, la menos concreta, la más subjetiva, la más manipulable.²³

Finalmente y para tener una idea más clara del derecho penal constitucional, que vamos a tratar, es recomendable recordar las palabras del Dr. Marco Antonio Díaz de León: destacado funcionario del ministerio público de nuestro país. “Todo poder político, pues, en este nivel constitucional, debe ser analizado un tanto cuanto en abstracto, partiendo, como debe ser, realísticamente de considerar principalmente los efectos producidos de las relaciones que motiva entre el órgano de gobierno y el

¹⁸ Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados.

¹⁹ Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Periódico El Economista, de circulación nacional, edición del día 29 de abril de 2010.

²⁰ CIDE. Informe del año 2009.

²¹ Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados. Periódico El Universal, de circulación nacional, edición del día 10 de enero de 2011.

²² CIDE, Informe del año 2009.

²³ *Ibidem*.

gobernado. Es decir, mirada como un todo, la Constitución es un conjunto de relaciones de poder, entre quienes lo aplican y quienes reciben su aplicación, cuyo carácter y esencia, no obstante ser de diversas índoles (pedagógico, laboral, económico, religioso, moral, cultural o de otro tipo) en abstracto tiene esencia común derivada de la relación fáctica, recíproca, que se da entre los órganos que ejercen el poder y aquellos a los que va dirigido. Sin embargo, no obstante que en dicho aspecto todo poder coincide en esencia, aun dentro de este marco constitucional es tal vez posible asignar una particularidad al *ius puniendi* que lo caracteriza y lo diferencia del resto del poder político, la que por lo mismo no se halla en el común del poder, o sea en las relaciones que se producen entre quien lo aplica y a quien se aplica, y que surge de la aplicación misma en la imposición de penas y medidas de seguridad, integradoras en común de un sistema para menoscabar bienes de la vida, constitutivo de la forma más violenta y lesiva en que se manifiesta el poder político.²⁴

²⁴ Díaz de León, Marco Antonio. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Comentado, con Prefacio de Sergio García Ramírez, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 1990, p. 6.

Capítulo I

La Prisión Preventiva

a) Presentación

En este capítulo expondremos, analizaremos y comentaremos algunas ideas sobre el concepto y la naturaleza jurídica de la prisión preventiva. Veremos su surgimiento y la forma como ha evolucionado en el mundo, muy particularmente en nuestro país. La perspectiva histórica nos será de mucha utilidad para comprender las posiciones que la doctrina y los legisladores han asumido respecto de la naturaleza de la detención preventiva. Las diversas y en ocasiones contradictorias concepciones que se han elaborado sobre la prisión preventiva, la dificultad para ubicarla en los esquemas generales y particulares del Derecho, las graves incompatibilidades que produce en todos los ordenamientos jurídicos que la regulan, así como la incapacidad que hemos mostrado para sustituirla por medidas menos extremosas, son algunas de las problemáticas que iremos resolviendo. Por lo pronto nos ocuparemos de los aspectos generales de nuestro objeto de estudio.

b) Concepto

La prisión preventiva es definida como una medida precautoria establecida en beneficio de la sociedad, por virtud de la cual se priva de la libertad al acusado en un proceso penal, cuando se le imputa la comisión de un delito grave, y se presume que intentará eludir la acción de la justicia o que entorpecerá el procedimiento.²⁵ Esta definición, que era una de las más aceptadas por la doctrina y el foro mexicanos, siempre ha sido absolutamente errónea. La prisión preventiva no puede ser considerada una medida precautoria debido a que consume de manera irreparable el principal derecho del procesado, que es precisamente su libertad, siendo que las medidas precautorias, como su propio nombre lo indica y acordes al propósito para el que fueron creadas, preservan un bien determinado para que de él se disponga en un futuro. La elusión de la justicia o el entorpecimiento del procedimiento nunca se han presumido, ni podría ser su presunción o su temor razones suficientes para justificar la privación de la libertad de un inocente. La preocupación por el adecuado desarrollo del proceso es una característica del sistema interamericano de justicia, como puede apreciarse en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la doctrina que sobre ese sistema se ha producido, pero lo de la presunción de eludir la justicia o entorpecer el procedimiento es un elemento que de manera repentina incorpora el autor de la definición que se analiza. El adecuado desarrollo del proceso es la justificación que el sistema de justicia interamericano acepta para motivar la detención previa, posición que no es compartida por los demás sistemas de justicia, ni siquiera por el mexicano. La prisión preventiva, en México, será aplicable a todos los procesos penales en que se impute la comisión de un delito que merezca pena corporal, sin importar la dimensión de la pena ni la gravedad del delito, así lo dispone el artículo 18 constitucional, mientras que a los delitos que no merezcan pena corporal también va a aplicárseles la prisión preventiva, esta detención

²⁵ Fix Zamudio, Héctor. *La Jurisdicción Constitucional Mexicana*, Porrúa, México, 1955, pp. 77-79.

será a discreción del ministerio público, según lo ordena el artículo 19 constitucional. La prisión preventiva no beneficia a la sociedad, como afirma el autor cuestionado, sino por el contrario, es un medio que amenaza y vulnera la seguridad de todas las personas, como lo veremos más adelante.

La prisión preventiva también es considerada la medida precautoria de índole personal que crea al individuo en el que recae, un estado casi permanente de privación de su libertad física, que soporta en un establecimiento público destinado para ese efecto, medida que es decretada por juez competente en el curso de un procedimiento, contra el indiciado como partícipe en la comisión de un delito sancionado con pena privativa de la libertad, con el único objetivo de asegurar su presencia a juicio y garantizar la eventual ejecución de la pena.²⁶ En realidad el juez sólo convalida la decisión que ya fue tomada por el ministerio público en el pliego de consignación o al solicitar la prisión preventiva para los casos en que no se encuentra ordenada oficiosamente en la ley. Hoy también se pretende que la prisión preventiva garantice la paz pública, el éxito del ministerio público, la seguridad de la víctima del delito, de los testigos.

Para otro sector importante de la doctrina es la medida privativa de libertad, impuesta excepcionalmente al presupuesto responsable de un delito grave, en virtud de un mandamiento judicial, antes del pronunciamiento de sentencia firme.²⁷ El carácter de excepcional a que se refiere esta última concepción no corresponde a la realidad, en virtud de que, como podrá verse en los anexos 1 y 2 de esta investigación, la prisión preventiva es aplicable al 95% de los delitos contenidos en el Código Penal para el Distrito Federal y al 93% de los contenidos en el Código Penal Federal, así que, la medida no es excepcional, sino la regla general, circunstancia que ya presentaba nuestro derecho procesal penal cuando se elaboró la definición que se critica.

Veremos que en el nuevo proceso penal acusatorio mexicano la prisión preventiva es la regla general y no la excepción como lo exigen los auténticos procesos acusatorios. “En el sistema acusatorio, determina Sferlazza, la custodia en la cárcel previa a la sentencia está estructurada como la *extrema ratio*. La ordenanza debe prever otras medidas que puedan ser aplicadas si y en cuanto sean idóneas para hacer frente a exigencias cautelares menos intensas. Si el peligro de alteración de la prueba o el peligro de fuga pueden ser evitados poniendo una caución, el imputado tiene derecho que el juez determine la misma, teniendo en cuenta su situación económica. La custodia en la cárcel debe ser utilizada cuando todas las otras medidas hipotéticas sean inadecuadas, es decir, no sean idóneas para evitar el riesgo de alteración de las pruebas, de fuga o de cometer graves delitos.”²⁸

Si atendemos a la doctrina dominante y a las legislaciones de la mayor parte de América Latina, observaremos que también consideran a la prisión preventiva como una medida cautelar, cuya función es asegurar el normal desarrollo del procedimiento y, eventualmente, facilitar la aplicación de la pena privativa de libertad, su destinatario es

²⁶ Zavaleta, Arturo. La prisión preventiva y la libertad provisoria, Arsayu, Argentina, 1954.

²⁷ Rodríguez y Rodríguez, Jesús. La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981, p. 14.

²⁸ Sferlazza, Ottavio. Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, A. C., Aquesta Terra, Fontamara, México, 2005, p. 64.

alguien que no ha sido sentenciado y, por lo tanto, puede ser condenado o absuelto. Tenemos entonces que para nuestra región geográfica la prisión preventiva sería una medida de coerción personal impuesta al imputado con finalidades esencialmente cautelares, consistentes en que el indiciado se encuentre presente durante su procedimiento.

Actualmente en casi todos los países latinoamericanos existe una vigorosa corriente doctrinal para limitar, en todo lo que sea posible, a la prisión preventiva y sustituirla por otras medidas cautelares que sean menos restrictivas de la libertad personal, como la libertad vigilada, el arresto domiciliario, el arraigo y similares. Es generalizada la opinión de que la prisión preventiva contradice el principio esencial de la presunción de inocencia del acusado en el proceso penal. En México, recientemente, fue modificada la Constitución Federal, a fin de flexibilizar, aseguraron los legisladores, los rígidos lineamientos para la consecución de la libertad caucional, que antes atendían, casi exclusivamente, a la gravedad del delito y no, “como es más apropiado,” a las condiciones personales del inculpado, según se dispone en la mayoría de las legislaciones contemporáneas. Triste pronóstico para los menos favorecidos.

Esa reciente reforma a la Constitución Mexicana en materia de seguridad y justicia penal, vino a empeorar las cosas, los legisladores: Congreso de la Unión y Legislaturas Estatales, tenían, o cuando menos eso dijeron, la intención de facilitar las condiciones para obtener la libertad provisional bajo caución, de convertir a la prisión preventiva en la excepción, y consiguieron todo lo contrario, hicieron de la prisión preventiva la regla general, casi única, la decisión entre libertad provisional o prisión preventiva la dejaron en manos del ministerio público (contraparte del reo) y de las legislaturas de los Estados. Hicieron de la libertad provisional bajo caución algo inalcanzable, en virtud de que sólo se decretará cuando la comunidad tenga garantizada su seguridad y además se cubran otros requisitos que al procesado le resultan imposibles de cumplir, como veremos más adelante.

Contra la generalización de la prisión preventiva que los constituyentes mexicanos llevaron a cabo en su reforma de 2008, también se pronuncia Cárdenas Rioseco, quien al respecto nos dice: Es inadmisibles que en México se considere en la legislación, a la prisión preventiva como regla general, ya que se debe permitir que sean los jueces los que individualicen, en cada caso, si existe el riesgo de fuga, o bien, determinar si concurre alguna otra circunstancia grave, en el caso concreto, que aconseje tomar determinadas medidas cautelares. Lo que no podemos aceptar, agrega Cárdenas, es que los procesados deban necesariamente permanecer en la cárcel, imponiendo el legislador reglas generales y abstractas que impidan a los jueces conceder el beneficio de la libertad provisional, al decretar el legislador, *a priori*, fórmulas o catálogos de delitos que impiden otorgar este beneficio, minando el prestigio del Poder Judicial que se ve obligado (a cometer) graves injusticias, por una ciega obediencia a fórmulas legislativas.²⁹

²⁹ Cárdenas Rioseco, Raúl F. La prisión preventiva en México. Condena por adelantado o medida de seguridad encubierta, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2004, pp. 15-16.

c) Naturaleza jurídica

Nunca ha sido fácil ubicar y justificar a la prisión preventiva en los esquemas jurídicos, unas veces se le ha considerado medida de seguridad, otras, medida de control social, otras más, acto de molestia; aunque la opinión general señala a la prisión preventiva como medida cautelar. Este último criterio es el que han adoptado la mayoría de nuestros doctrinarios. Por nuestra parte consideramos que no es posible equiparar a la prisión preventiva con esas medidas y tampoco con el acto mencionado, más bien nos parece que la prisión preventiva es una pena anticipada, tal apreciación obedece a las razones que iremos presentando en los siguientes análisis.

La prisión preventiva como medida de seguridad

La prisión preventiva, dice Raúl Carrancá y Rivas, “consiste en la privación de la libertad con propósitos exclusivamente asegurativos, es aplicable a los procesados por delitos que presuntivamente ameritarán la pena de prisión; se lleva a cabo en una cárcel provisional asegurativa.”³⁰ Con ella no se pretende retribuir ni intimidar a la generalidad, en virtud de que se aplica a supuestos inocentes; impide la fuga, preserva el procedimiento y las pruebas, asegura a los testigos, garantiza la aplicación de la pena, previene la reincidencia, y protege a la víctima.³¹ En México, advierte Cárdenas Rioseco, la prisión preventiva se ha transformado en una medida de seguridad encubierta, con la que el Estado intenta recuperar terreno frente a los altos índices de inseguridad que padece la sociedad.³²

Es inaceptable la posición del prestigiado penalista mexicano Carrancá y Rivas, en atención a que la prisión preventiva no tiene propósitos exclusivamente aseguradores, sino que jurídica y materialmente priva de la libertad al procesado, no prospera el intento de minimizar el problema refiriéndose a la intención y tratando de ignorar el resultado así como la realidad material de la prisión preventiva, si aceptáramos tal cosa, también tendríamos que aceptar como jurídicamente válido el argumento: “aunque es cierto que te privo de la libertad, eso es secundario porque lo que yo pretendo es sólo tenerte asegurado.”

Como medida de seguridad, la prisión preventiva contradice los derechos fundamentales, en virtud de que los fines aseguradores no pueden justificar la privación o pérdida de uno de los bienes más preciados de la sociedad humana, en este caso la libertad. Tampoco puede presumirse la pena de prisión porque estaríamos prejuzgando, extremo que se encuentra prohibido en cualquier orden jurídico, y, en todo caso, no puede prevalecer la presunción de la imposición de una pena de prisión sobre la presunción de inocencia. Contra lo que afirma Carrancá y Rivas, podemos decir que la prisión preventiva sí intimida a la generalidad, puesto que todos nos sabemos expuestos a ser detenidos por la sola presentación, en nuestra contra, de una denuncia por delito grave, más aun si tomamos en cuenta las reglas de la flagrancia, y del caso urgente, así como las condiciones de extrema discrecionalidad en las que se mueven las diversas

³⁰ Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penitenciario, Editorial Porrúa, 2ª edición, México, 2005, pp. 11, 12 y 412.

³¹ Rodríguez Manzanera, Luis. La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión, Porrúa, México, 2004, pp. 24 y 25.

³² Cárdenas. op. cit. p. 7.

procuradurías generales de justicia del país, muy especialmente durante el desarrollo de la etapa de averiguación previa, o de investigación.

Sferlazza insiste en que la prisión preventiva debe ser excepcional y aplicarse en última instancia, al efecto el jurista italiano manifiesta: Si el imputado se presume inocente hasta la condena definitiva, no puede ser tratado como si fuese culpable; por lo tanto, la sanción penal no puede ser anticipada provisionalmente. Aquella que puede ser aplicada es solamente una medida cautelar, sólo si hubiesen pruebas que demuestren que existen en concreto exigencias cautelares. Por lo tanto, la parte que acusa debe demostrar que hay peligro de que el imputado altere las pruebas, se fugue o cometa graves delitos; pero, sobre todo, debe convencer al juez, que esto sea también “en el estado de las actas”, con las pruebas que existen hasta este momento –eso es, sobre la base de las investigaciones aún no completas- que hay pruebas o indicios graves que demuestren la culpabilidad del imputado. La presunción de inocencia impone que el “*quantum*” de pruebas sea considerable y sea proporcionado a la gravedad de las restricciones puestas a la libertad personal.³³

Mención y estudio especiales merecen los operativos que en las ciudades implementan el ejército y la marina, fuerzas armadas que también detienen a las personas sin orden de aprehensión, las retienen en sus cuarteles, las desaparecen o las entregan al ministerio público para que éste las arraigue o las consigne ante el juez, quien ya se encargará de condenarlas. La suerte de las personas detenidas se decide en los operativos de las fuerzas armadas, éstas deciden si restituyen la libertad o señalan y consignan al detenido como autor de algún delito leve, grave o gravísimo, de ello depende la posibilidad o imposibilidad de recuperar la libertad, en su modalidad de provisional y sólo durante el trámite del proceso.

El argumento de que la prisión preventiva impide la fuga del procesado no es razón suficiente para aprisionarlo y privarle de sus principales derechos humanos. Su fuga bien puede evitarse con otras medidas, menos drásticas, por ejemplo tenemos el compromiso del procesado y de sus familiares de atender el procedimiento, el riesgo de que el procesado pierda su empleo, los antecedentes personales del encausado, la relativa facilidad que existe actualmente para localizar a cualquier persona por medio de los bancos de datos que se crean al realizar gran diversidad de actos jurídicos públicos y privados, las imágenes que se obtienen por las cámaras que se encuentran prácticamente en todos lados, etcétera.

La supuesta justificación de que la prisión preventiva preserva el procedimiento y las pruebas, es la más engañosa de todas, toda vez que en realidad no hay institución jurídica más violatoria del procedimiento jurisdiccional y de las reglas de la prueba que la prisión preventiva, esto es así porque la prisión preventiva indebidamente desequilibra el procedimiento en favor de la parte acusadora, pues priva al procesado de la libertad de tránsito, del derecho que tiene de elaborar, conseguir y preparar sus pruebas, ¿cómo puede hacerlo si se encuentra recluso? Además de negar al procesado su derecho a probar, le priva de las condiciones necesarias para formular sus alegaciones. Para el detenido el procedimiento judicial ha pasado a un segundo plano pues la imperiosa necesidad de conservar su vida y su integridad física y mental dentro

³³ Sferlazza. op. cit. p. 63.

de prisión, se ha vuelto lo único que le interesa. Sobre las violaciones que la prisión preventiva causa al procedimiento y a la prueba volveremos en el capítulo IV.

La prisión preventiva no previene la reincidencia como aspira Carrancá y Rivas, por el contrario, la propicia. Es altamente criminógena, como en forma expresa y reiterada lo han demostrado los diversos estudios que sobre el particular se han realizado. Tampoco protege a la víctima. El procesado, estando privado de su libertad tiene más motivos y mejores condiciones para dañar a la víctima del delito de origen y goza de mayor impunidad pues cómo podría ser él sospechoso por el nuevo ataque a la víctima si no ha salido de prisión, cuando muy bien ha podido encargar los ilícitos contra la víctima del delito y contra la sociedad en general, para que los ejecute gente del exterior.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe de diciembre de 2011, sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad, puntualiza: la Relatoría ha recomendado a varios Estados (entre ellos se encuentra México), prevenir las actividades delictivas dirigidas y organizadas desde las cárceles, fundamentalmente por miembros de pandillas o *maras*. Los dirigentes de estos grupos ordenan y dirigen desde las cárceles la comisión de delitos como homicidios y extorsiones, utilizando métodos cada vez más sofisticados e incluso utilizando a sus propios familiares para transmitir o ejecutar tales órdenes.³⁴

No es con prisiones con lo que se va a garantizar la seguridad de la sociedad. Debe prevenirse el delito ¿con qué? con educación, creación de empleos, capacitación de los cuerpos investigadores, combate a la corrupción, profesionalización de los servidores públicos y los comunicadores. La cárcel es el último recurso. La prisión preventiva debe ser auténticamente excepcional, excepcionalidad que se conseguirá de acuerdo con la exposición, justificación y método que se encuentran en el capítulo VII de la presente investigación.

Mientras no se combatan las causas del delito, seguirá creciendo exponencialmente el número de los sujetos que amenacen a los demás. Un ejemplo de ello es el testimonio que prestó, el mes de marzo de 2011, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Desaparición Forzada e Involuntaria, al declarar que encuentra a la sociedad mexicana más deteriorada hoy que hace cuatro años, antes de que el Ejecutivo Federal declarara su guerra al crimen organizado.

Como medida de control social

Por medio de la prisión preventiva se pretende neutralizar la peligrosidad criminal del indiciado, sometiéndolo a un prolongado encarcelamiento provisional, mientras se le impone la pena definitiva. Se busca que el imputado no continúe en su actividad delictiva. Esta actitud del Estado violenta el principio de inocencia.³⁵

Cualquiera de nosotros posee una determinada peligrosidad criminal, nadie está exento de incurrir en acciones que para el derecho constituyen delitos, por tanto, tendrían que aprisionarnos a todos para neutralizar nuestra peligrosidad criminal, pues

³⁴ Informe, p. 44.

³⁵ Edwards, Carlos Enrique. Plazos de la prisión preventiva, Astrea, Argentina, 1995, pp. 5 y 6.

por nuestra naturaleza humana somos tan responsables y tan inocentes como el indiciado.

Si la prisión preventiva fuera un medio de control social, para todos en lo general y para el procesado en lo particular, tendríamos que aceptar que no sería ya necesaria la intervención del juez, toda vez que el indiciado habría sido condenado en la averiguación previa, por un órgano no especializado, no judicial y mucho menos imparcial, que sería el ministerio público. La libertad, establece la Constitución, ha de perderse sólo por la decisión de una autoridad judicial y siempre en el último acto de un debido procedimiento en el que se dé oportunidad al procesado de que se defienda y ofrezca pruebas.

Si por el anhelo de conseguir control social permitimos al Estado que, valiéndose de sus órganos represores: ejército, policía, ministerio público, etcétera, investigue, detenga y condene a las personas que hayan sido denunciadas como autoras de algún delito, estaríamos prescindiendo de la función judicial, que, en el mejor de los casos, se limitaría a convalidar la decisión que ya habría dictado la procuraduría. No es posible confiar en que la prisión preventiva evite que el imputado siga delinquiriendo, porque para que así fuera necesitaríamos contar con pruebas plenas que demostraran que el indiciado cometió los delitos que se le imputan, requisitos ineludibles que sólo es posible cubrir en la sentencia que culmine el procedimiento judicial.

La reforma constitucional del año 2008, parece identificar plenamente a la prisión preventiva como medida de control social, en la lucha contra la delincuencia organizada.

Como acto de molestia

Olga Islas Magallanes equipara a la prisión preventiva con los actos de molestia, y, al respecto, señala que la prisión preventiva, lo mismo que la pena, privan de un bien: la libertad, por orden de un órgano jurisdiccional y por ejecución de un órgano Administrativo. “Es un acto de molestia que, de acuerdo con el sistema penal al cual pertenece, debe ser racionalmente necesario, consistente y benéfico para el pueblo.”³⁶

La prisión preventiva no puede considerarse un acto de molestia, en virtud de que, como hasta aquí se ha visto, no es racionalmente necesaria, tampoco es consistente y mucho menos benéfica para el pueblo, además de que la decide el ministerio público, no el juez.

Como medida cautelar

La doctrina dominante concibe a la prisión preventiva como una medida cautelar que tiene como función principal asegurar el normal desarrollo del procedimiento y, eventualmente, al concluir éste, la aplicación de una pena privativa de libertad, es decir, su finalidad estribaría en propiciar que el procedimiento fluyera normalmente y si al concluir éste se acredita una responsabilidad penal por parte de la autoridad judicial, que se aplicara la pena con toda certeza.³⁷

³⁶ Islas Magallanes de González Mariscal, Olga. La Prisión Preventiva en la Constitución Mexicana, Revista Mexicana de Justicia, Procuraduría General de la República, México, 1982, p. 32.

³⁷ Cárdenas Rioseco, Raúl F. op. cit. p. 3.

Es difícil sostener tal concepción, en virtud de que las características principales de las medidas cautelares no se encuentran presentes y aun contradicen a la prisión preventiva. Para demostrar esta afirmación, a continuación realizaremos un análisis sobre la naturaleza jurídica de las figuras cautelares.

Las medidas cautelares son preservativas y temporales, en virtud de que son utilizadas para asegurar el desarrollo del procedimiento y, en su caso, la aplicación de la pena. Son sustituidas por las medidas definitivas para las que prepararon determinadas condiciones. Son indemnizatorias, es decir, quien soporta una medida cautelar injustificada puede demandar el pago de daños y perjuicios, en materia penal, además, deberá denunciar los delitos de abuso de autoridad y los que se cometieren contra la administración de justicia. Lo anterior puede verse en los diversos Códigos de Procedimientos Civiles del país.³⁸

Las medidas cautelares no pueden resolver ni aplicar el fondo.

Otra de sus características es la instrumentalidad o accesoriedad, en virtud de que siempre sirven a un procedimiento principal y nunca tienen un fin en sí mismas, pues de lo contrario tendríamos una duplicidad de procedimientos, situación que se encuentra prohibida por las normas adjetivas.

Son flexibles, ya que pueden modificarse cuando varíen las circunstancias que les dieron origen.

Pueden ser sobre personas o cosas.

Son accidentales, debido a que nunca pueden determinar el resultado del procedimiento principal.

Las dicta la autoridad jurisdiccional para conservar la materia del litigio, así como para evitar un daño grave e irreparable a las partes o a la sociedad.

Se fundan en una acción autónoma que otorga la ley y que es autónoma del derecho de fondo que tiende a preservar.

³⁸ Todos exigen justificación y prueba de la necesidad de la providencia precautoria o cautelar, además de requerir que se exhiba fianza para responder de los daños que lleguen a causarse con una medida cautelar abusiva. Por ejemplo el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928, en su Capítulo IV De las Providencias Precautorias, establece:

Artículo 235. "Las providencias precautorias podrán dictarse:

I. Cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda;

II. Cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que deba ejercitarse una acción real;

III. Cuando la acción sea personal, siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquéllos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene."

Artículo 239. "El que solicite una providencia precautoria debe probar el derecho que tiene de gestionar y la necesidad de la medida que solicita."

Artículo 247. "De toda providencia precautoria queda responsable el que la pida; por consiguiente, son de su cargo los daños y perjuicios que se causen."

Las medidas cautelares, al decir de José Becerra Bautista, son actividades procedimentales tendientes a asegurar el éxito de un procedimiento definitivo, se les nombra cautelares porque derivan de caución que significa garantía.³⁹

A la prisión preventiva se le considera una medida cautelar porque se retiene al procesado precautoriamente, mientras se obtiene la certeza de su responsabilidad o de su inocencia.

Retentiva, porque no permite el libre tránsito del indiciado, lo retiene en un lugar cerrado y segregado, sin importar su consentimiento.

Garantizadora del orden social y de la seguridad de la víctima del delito, al considerarse que mientras el procesado se encuentre retenido, la sociedad y la víctima del delito están protegidas contra las fechorías de aquél.

Garantía de la aplicación de una pena privativa de libertad porque el procesado ya estaba pagando su culpa aun antes de que se dictara su condena y no va a ser necesario ir a buscarlo, ya se le tiene a la mano, ya está detenido.

Pensamos que la prisión preventiva no puede ser considerada medida cautelar, debido a que:

- A) Las medidas cautelares no pueden ser más gravosas que la resolución definitiva, y la prisión preventiva sí es más gravosa que la pena o prisión punitiva que sería la resolución definitiva que se impondría al procesado. Esa pena se le impondría al procesado después de habersele oído en juicio, una vez que se le hubiera dado la oportunidad de defenderse, de ofrecer pruebas y de formular conclusiones; después de haberlo encontrado responsable de la comisión de un delito, después de haberle despojado de la presunción de inocencia con que le protegían la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el principio general de legalidad. Todo lo anterior en una sentencia que concluyera un procedimiento judicial. La prisión preventiva se impone al procesado antes de juzgarle, es decir, antes de darle la oportunidad de defenderse, de ofrecer pruebas y de formular conclusiones, cuando aún le benefician la presunción de inocencia y la duda, antes de llegar ante el juez. Mientras que la prisión punitiva, que es la impuesta por una sentencia que declaró culpable al procesado, puede ser suspendida o conmutada, la prisión preventiva se ejecuta sin la posibilidad de cualquiera de esos dos beneficios de la resolución definitiva.

No hay duda que la prisión preventiva es más gravosa que la prisión punitiva.

A esta misma conclusión arriban los estudiosos Raúl Zaffaroni, Pablo Vega y Gabriela Gusis; al afirmar: La prisión preventiva es el principal instrumento del poder

³⁹ Becerra Bautista, José. *El Proceso Civil en México*, Porrúa, México, 1996, pp. 439-451.

punitivo latinoamericano, muy superior en importancia a las penas del código penal, que prácticamente reducen su importancia frente a la prisión preventiva.⁴⁰

B) La prisión preventiva consume el supuesto sustantivo y hace imposible la realización del objeto principal que debía preservar, esto es así por la naturaleza jurídica de la prisión preventiva que la hace ser una pena anticipada, como quedó demostrado líneas arriba con la exposición y con el reconocimiento que en ese sentido hacen la Constitución Federal de la República y la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La prisión preventiva consume el derecho sustantivo que es la libertad personal del procesado, los días de libertad de que le ha privado no podrá devolvérselos jamás, la violación se ha consumado de manera irreparable. Sobre este particular volveremos al desarrollar el tema de la teoría general del proceso en el capítulo IV de la presente investigación doctoral.

Como pena anticipada

Cuando la prisión preventiva se prolonga demasiado se convierte en una pena anticipada. Los fines de prevención general y especial de la pena, se trasladan al encarcelamiento preventivo, vulnerando el principio de inocencia. La situación se agrava si tomamos en cuenta que quien se encuentra recluido por haber sido encontrado responsable en una sentencia, tiene más derechos que quien se encuentra recluido por prisión preventiva, pues aquél puede obtener su libertad por diversas instituciones jurídicas, como son la suspensión de la condena, la conmutación de la pena, la libertad preparatoria, etcétera, derechos que no le asisten al inocente que está siendo juzgado.⁴¹ Como pena anticipada también la concibe Sergio García Cordero, quien sobre el particular apunta: “la prisión preventiva, como está concebida, es una pena anticipada... un suplicio en donde se gestan delitos que, lejos de disminuir la criminalidad, la aumentan progresivamente transformando al infractor primario en reincidente o habitual.”⁴² Luigi Ferrajoli considera que la prisión preventiva es, hoy en día, uno de los más graves problemas del derecho penal y constituye una pena anticipada impuesta a quien no ha sido condenado, antagónica, en esencia, a la presunción de inocencia.⁴³

Efectivamente, la prisión preventiva es una pena anticipada, a tal conclusión llegamos al comprobar que no hay diferencia alguna entre la privación de la libertad que impone una sentencia y la privación de la libertad que impone la prisión preventiva. Ambas medidas privan a su destinatario de la libertad personal. El encierro, aunque sea en edificios diferentes no deja de ser privación de libertad.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por su artículo 20 deja ver que la prisión preventiva es una pena anticipada, esa misma naturaleza le reconoce la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver: **Además, esa privación tiene su**

⁴⁰ En Zaffaroni, Eugenio Raúl, Elías Carranza, coordinadores, Los Derechos Fundamentales en la Instrucción Penal en los Países de América Latina, Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law, Lund University; Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente; Editorial Porrúa; Ciudad de México, 2007, pp. 33-35.

⁴¹ Ib. pp. 6 y 7.

⁴² García Cordero, Sergio. La Prisión Preventiva y su Legislación Secundaria. Revista Mexicana de Justicia, Procuraduría General de la República, México, 1983, p. 48.

⁴³ Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, 5ª ed. 2001, pp. 549 y ss.

fundamento constitucional en el artículo 20, fracción X, párrafo tercero (hoy apartado B, fracción IX, último párrafo) de la Ley Fundamental al decir que “En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.” Es decir, en esta hipótesis la prisión preventiva pierde su carácter provisional; se reconoce que ésta y la prisión punitiva son idénticas.⁴⁴

Como medida irracional, inhumana e ineficaz

Sergio Huacuja Betancourt,⁴⁵ afirma y demuestra que la prisión preventiva en México, ningún beneficio proporciona y sí, por el contrario, atenta contra los derechos fundamentales de la persona, por ello propone su desaparición o supresión paulatina, para que en su lugar sean utilizadas medidas alternativas o sustitutivos, entre los que se encuentran la restricción de la libertad (medida menos severa que la privación), el trabajo forzado, las penas pecuniarias y el traslado de lugar; la segregación, el control o supervisión, el tratamiento terapéutico, la educación y otras restricciones de derechos. Todas estas alternativas sancionan la conducta delictiva pero no representan, con mucho, los altos costos humanos y materiales de la prisión, sea ésta preventiva o definitiva. Sólo dos reservas guarda Huacuja, la primera tiene que ver con la alta peligrosidad del sujeto activo y la segunda con la naturaleza en extremo dañina del delito.⁴⁶ Sergio Vela Treviño, al prologar la obra de Huacuja, también advierte que las prisiones han probado, con plenitud absoluta, su ineficacia como medio social para combatir el delito.⁴⁷ Si no se han abolido los cautiverios, denuncia: “es fundamentalmente por temor a experimentar globalmente con los sustitutivos de la pena, pero no por la convicción de que deban permanecer por sus bondades para lograr las metas de la política criminal, que en última instancia no son sino el abatimiento de los delitos y la consecuente mejoría en la seguridad pública.”⁴⁸

Para abolir o desaparecer la prisión preventiva no es obstáculo la rivalidad entre los intereses individual y colectivo. Ambos pueden conservarse y verse beneficiados con el hecho de abolir la prisión preventiva, pues se evitarían los graves problemas económicos, sociales, políticos y jurídicos que, como hemos visto, conlleva la privación de la libertad personal. Huacuja recomienda que se consideren con igual valor el interés individual y el colectivo, cuando se trate de abolir la detención preventiva.⁴⁹

El cautiverio, continúa Huacuja Betancourt, ha demostrado su ineficacia para corregir la conducta humana y sí ha representado un altísimo costo económico y social.⁵⁰ Todo sistema penitenciario debe satisfacer exigencias mínimas de carácter humanitario. La prisión preventiva alberga a sujetos que eventualmente pueden ser absueltos, lo cual hace injustificado ese encarcelamiento. En esta última idea Huacuja resume las antinomias que provoca la prisión preventiva y que esta investigación tiende

⁴⁴ PRISIÓN PREVENTIVA. SU NO CONTRADICCIÓN CON LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DERIVA DE LOS FINES QUE PERSIGUE Y NO DE SU CARÁCTER CAUTELAR. Amparo en revisión 1028/96, Carlos Mendoza Santos. 13 de enero de 1998. Unanimidad. Localización: Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. VII, Marzo de 1998. Tesis: XIX/98. Tesis: Aislada. Materia(s): Penal, Constitucional.

⁴⁵ Huacuja. op. cit.

⁴⁶ Ib. pp. 15-27.

⁴⁷ Ib. p. 6.

⁴⁸ Ib.

⁴⁹ Ib. p. 99.

⁵⁰ Ib. pp. 43-47.

a resolver, consistentes en que si al procesado le asiste la presunción de inocencia y como inocente debe ser tratado, según expresamente lo ordena la Constitución ¿por qué entonces se le priva de la libertad? ¿Cómo explicar el hecho de que alguien inocente es legalmente aprisionado?

Es evidente el rechazo de Huacuja frente a la prisión preventiva, medida que considera irracional, inhumana, ineficaz e instrumento para canalizar sentimientos de venganza, odio, abuso y desprecio, no sólo en agravio del procesado, sino de toda la sociedad.⁵¹

Si la prisión preventiva no rinde provecho lícito alguno debe ser abolida. En su lugar debe crearse un eficiente sistema de investigación y vigilancia. En todos los procesos penales debe ordenarse la libertad provisional bajo las garantías que determine el juez para contar con la presencia del indiciado en el proceso, garantías que deben ser accesibles al procesado, limitando la discrecionalidad del juez a fin de que no fije cauciones imposibles de satisfacer, porque de lo contrario va a pasar lo que ha venido ocurriendo: el legislador clasifica como graves casi todos los delitos, deja la decisión de libertad o prisión en manos del acusador, exige al procesado que garantice la seguridad pública y la función jurisdiccional, autoriza el arraigo, pone al juez a las órdenes del ministerio público; disposiciones legales las anteriores que han propiciado el aumento de la corrupción, del abuso de autoridad, la imposibilidad de conseguir la libertad provisional, la derrota del Derecho. El Estado debe profesionalizar a sus cuerpos policíacos.

El dinero que nos cuesta la prisión preventiva debe destinarse a la educación y a la creación de empleos, con la finalidad de prevenir el delito.

Si abolimos la prisión preventiva y elaboramos un eficaz sistema de garantías para la libertad provisional, que sería la regla única en los procesos penales, además de resolver las contradicciones que presenta nuestra Constitución, habremos realmente armonizado nuestro sistema jurídico con los estándares que exigen los ordenamientos jurídicos internacionales, a saber: Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos y, sobre todo, habremos recuperado humanidad.

Juan Federico Arriola Cantero realiza un estudio de la pena en lo general y en forma particular sobre la pena de muerte en nuestro país. Lo hace desde muy diversos campos del saber humano, a saber: el derecho, la antropología, la historia, la filosofía, la religión, etcétera, y desde allí responde a las preguntas de si la pena de muerte ha sido eficaz y si ha favorecido la consecución de los objetivos que con la misma se pretendían: disminuir el índice delictivo, mediante la eliminación del delincuente y el escarmiento para otros potentes infractores. Arriola es contundente al responder y concluir que la pena de muerte ha sido inútil para esas expectativas y sólo ha satisfecho resentimientos y sentimientos de venganza.⁵²

⁵¹ Ib. pp. 111-112.

⁵² Arriola Cantero, Juan Federico. La pena de muerte en México, Editorial Trillas, Ciudad de México, 1989.

El origen de la pena, afirma el estudioso, se encuentra tanto en una necesidad social, como en la venganza.⁵³ Esta segunda caracterización no puede ser aceptada por el Derecho, debemos rechazar la idea de venganza y a veces hasta de sed de exterminio que son propias de la pena de muerte, “ilusos deleites de presenciar una tragedia sin bambalinas. Una triste realidad que no desaparece.”⁵⁴ El Estado, acusa Arriola, tiene el deber y el derecho de castigar moderadamente, pero más aun, tiene el derecho y el deber de educar.⁵⁵ No podemos continuar padeciendo, ni seguir obedeciendo leyes injustas, debemos observar la antigua regla romana: *lex iniusta, lex nulla*, la ley injusta es nula, porque “... los pueblos tienen la facultad moral de desacatar leyes injustas, así como lo hizo Antígona, porque los gobiernos deben ser, ante todo, fieles custodios de la justicia. Si no lo son, atentarán contra el bien público temporal que persigue toda comunidad política. La pena de muerte es un desafío directo al derecho a la vida, porque so pretexto de basarse en las leyes que la regulan y en proteger el bienestar colectivo, mueren millares de personas en el mundo.”⁵⁶ Todas las anteriores ideas, aunque se vierten para la pena de muerte, resultan perfectamente aplicables a la prisión preventiva.

Arriola Cantero alienta: “Los derechos humanos han requerido mayor atención debido a las violaciones de que han sido objeto... las presiones sociales a *Juan sin Tierra* en Inglaterra fueron la principal causa para que el pueblo obtuviera determinadas garantías... después de tantas convulsiones mundiales surgió la Declaración Universal de Derechos Humanos... la lucha por preservar los derechos inalienables del ser humano continúa, a pesar de las tinieblas que cubren su esplendor.”⁵⁷

Concluye: “Si se aboliera totalmente la pena de muerte de nuestra legislación se lograría un avance fundamental en nuestra tarea como abogados, pero finalmente la idea principal es abolir casi en su totalidad la delincuencia. Este es el pretexto para que subsista en la letra la pena de muerte.”⁵⁸ La lucha de Arriola se vio coronada en 2005, año en que fue abolida y desapareció de la legislación mexicana la última autorización para la pena de muerte. La abolición de la prisión preventiva está pendiente.

Huacuja, Arriola y esta investigación coinciden en señalar que los males sociales expuestos, así como las penas de prisión y de muerte, tienen como común causa al delito y es hacia la erradicación de éste que deben dirigirse los esfuerzos y los recursos, no al castigo. Es con educación, creación de empleos, información y sensibilización, como prevendremos, disminuirémos y tenderemos a la erradicación de la conducta delictiva causante.

En el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación⁵⁹

Es considerada una medida cautelar, a la que se atribuye las finalidades de:

⁵³ Op. cit. Conclusiones del Capítulo 3.

⁵⁴ Ib. p. 75.

⁵⁵ Ib. p. 76.

⁵⁶ Ib. p. 77.

⁵⁷ Ib. p. 89.

⁵⁸ Ib. p. 106.

⁵⁹ http://www.poderjudicialcoahuila.gob.mx/pag/4foro/consideraciones_23_10_08.pdf Fecha de consulta: 25 de julio de 2011.

[http://www.pjedomex.gob.mx/web2/documentos/CodModProPenAcu\(Conatrib\).pdf](http://www.pjedomex.gob.mx/web2/documentos/CodModProPenAcu(Conatrib).pdf) Fecha de consulta: 27 de julio de 2011.

- a) Asegurar la presencia del imputado en juicio y en los demás actos en que se requiera su presencia;
- b) Garantizar la seguridad de la víctima y testigos de los hechos, y
- c) Garantizar el desarrollo del procedimiento.

En el Capítulo V retomaremos, ampliaremos y profundizaremos el estudio de la prisión preventiva a que se refiere el código modelo.

d) Antecedentes de la prisión preventiva

A fin de estar en posibilidad de exponer los antecedentes de la prisión preventiva⁶⁰ es necesario exponer el concepto de prisión, término que proviene del latín *prehensio-nis* y significa detención por la fuerza o impuesta en contra de la voluntad.⁶¹ Luis Marcó del Pont define la prisión como cosa pública destinada para la custodia y seguridad de los reos,⁶² y advierte que suele sustituirse por el término de cárcel, que a su vez se deriva del latín *coercendo*, que quiere decir restringir, coartar, meter una cosa a un lugar cerrado.

En el antiguo derecho hebreo, así como entre los griegos,⁶³ la prisión desempeñaba dos funciones: evitar la fuga y servir de sanción. Entre los romanos la prisión sólo servía para guardar a los hombres.

La prisión, durante la edad media, fue concebida como la reacción jurídico-penal de un grupo social ante una conducta delictiva, reacción consistente en la privación de la libertad.

Fue en el derecho canónico en el que surgió la prisión, se crearon sitios para que los culpables reflexionaran sobre su culpa, en carácter de penitencia y para su arrepentimiento. Tales sitios eran pozos, tumbas, castillos, fortalezas, torres, conventos, palacios, calabozos, mazmorras, edificios abandonados, barcos, cárceles flotantes o galeras, reclusorios y penitenciarías.

La prisión es el medio sancionador al que más han recurrido todos los sistemas penales del mundo.⁶⁴ En su evolución histórica, dice María de la Luz Lima Malvido, se han identificado cuatro fases fundamentales,⁶⁵ que veremos a continuación.

En la primera etapa vemos a la prisión como un lugar de guarda, en él se tenían seguros físicamente a los prisioneros. Corresponde a los siglos XIII y XIV de nuestra era.

⁶⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículos 18 y 20.

⁶¹ *Diccionario Jurídico Mexicano*, 7ª edición, editado por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2005, voz *prisión*, pp. 2545-2547

⁶² Marcó Del Pont, Luis. *Derecho Penitenciario*, Cárdenas editor, México, 1984, p. 37.

⁶³ *Ib.* pp. 39 y 40.

⁶⁴ Morris, Norma. *La Evolución de la Prisión, en Penología* (Recopilación de Rosa del Olmo), Universidad de Carabobo, Venezuela, 1972, p. 18.

⁶⁵ *Diccionario Jurídico Mexicano*, voz *Prisión*.

En la segunda fase se explotó, en beneficio ajeno, la fuerza de trabajo de los reclusos. Esto tuvo lugar del siglo XV al XVII.

La tercera fue correccionalista y moralizadora. Se desarrolló en los siglos XVIII y XIX.

La cuarta fue readaptadora y resocializadora, subordinada a la individualización de la pena y al tratamiento penitenciario y postpenitenciario. Caracterizó al siglo XX.

Esta investigación tiende a demostrar que nos encontramos en la quinta fase, en ella acontece que la readaptación y la resocialización han fallado, la prisión se encuentra en crisis, tanto la punitiva como la preventiva, aunque el caso de esta última es más grave; sin embargo, ambas deben ser abolidas. La prisión preventiva, mientras se consigue su abolición. Puede ser contrarrestada con medios de impugnación ordinarios y extraordinarios, nacionales e internacionales, como se verá en el Capítulo VIII de este trabajo. Debe ponerse fin a todos los problemas subjetivos y materiales que han surgido a causa de la detención preventiva, según veremos más adelante.

Tanto se ha abusado de la prisión que se ha ocasionado un deterioro general en el derecho y en los sistemas penales. La prisión no es expiativa ni redentora, todas las cárceles son criminógenas, corrompen y preparan a la reincidencia.

En la mencionada cuarta fase, precisamente en el año 1955, la prisión experimentó un reajuste en sus planteamientos jurídico-ejecutivos, ya que admitió el espíritu humanista de la Declaración de Derechos Humanos, tal humanización se debió, mucho, a la censura internacional contra las anomalías e injusticias que se vivían en las prisiones. Ese interés por mejorar las condiciones de la prisión ha estado más presente en los instrumentos internacionales que en los nacionales. Las organizaciones mundiales a diferencia de los gobiernos nacionales, siempre han mostrado interés, preocupación y propuestas para aliviar en algo las graves injusticias y tratos inhumanos que son característicos de todos los sistemas carcelarios.

No obstante lo anterior, a la prisión siempre se le ha considerado el arma preferida del Estado, representante de un tipo de poder que la ley valida, para someter a sus enemigos internos y externos. Es un modelo jurídico disciplinario que concentra todas las tecnologías coercitivas del comportamiento, es una institución total, en donde los sujetos que en ella viven están sometidos a una sola autoridad, están separados completamente del mundo circundante, y todos los procesos vitales y necesidades de los internos están administrados según un plan omnicompreensivo, que reclama para sí la total persona de los internos.

La finalidad de la prisión, según la moderna política criminológica, es preventiva-especial, porque tiende a evitar que el sujeto reincida, y con ello llegamos a una segunda finalidad, de prevención general, en virtud de que al sancionar al delincuente particular, se refuerza la intimidación de la colectividad y se ejemplariza a los demás para que se abstengan de violar la norma.

La prisión preventiva apareció en época muy antigua, surgió como instrumento precautorio, como medida cautelar para retener al inculpado hasta el momento en que fuera dictada su sentencia y llevada al cabo, en su caso, la ejecución.

Los antecedentes de la prisión preventiva se encuentran en la *vincula* romana, lugar donde los atados, es decir: los vinculados, que eran los prisioneros de guerra, estaban custodiados. El fin que se perseguía con las *vinculas*, era asegurar la validez de la detención hasta el cumplimiento de la condena. En un principio la prisión fue vista y utilizada más como custodia que como castigo, era una cuestión muy transitoria.

Un antecedente histórico importante es referido por Barrita López, quien nos informa que en el Título III de *Custodia et Exhibitione reorum* (de la custodia y exhibición de los reos), Libro Cuadragésimo Octavo del Digesto del Emperador Justiniano, se establecía la facultad del Procónsul para determinar en cuanto a la custodia de los reos, si éstos habían de quedar en la cárcel o si se habían de encarar en custodia a los soldados o a sus fiadores, o a ellos mismos. Para tomar la decisión, los funcionarios romanos tenían en cuenta: a) la calidad del delito, b) la honradez de la persona acusada, c) el patrimonio del acusado, y d) su inocencia y dignidad.⁶⁶

La prisión preventiva, bajo el imperio romano, fue utilizada tanto en forma privada como pública. La prisión privada la usaban poderosos propietarios para encerrar a sus esclavos, a sus deudores y a sus opositores políticos. Fue prohibida por el emperador Zenón, subsistiendo la cárcel pública para los crímenes públicos capitales, como muda amenaza para lograr la disuasión.

e) En el derecho mexicano⁶⁷

Barrita López, en su bien documentada compilación histórica, no expone el tema de la prisión preventiva en la etapa que corresponde al México antiguo o precolombino, a continuación pasamos a ocuparnos de ese período, en lo demás, en este apartado, seguiremos la obra del mencionado tratadista.

En la época precolonial, los pueblos *mexica*, *culhua* y maya, recurrieron muy poco a la prisión. Como castigo ordenado en una resolución judicial se imponía a delitos muy leves: lesiones, robos menores y cuando el infractor era un niño. No podían mantener prisiones por períodos largos. Entre los pueblos mesoamericanos figuró más la prisión preventiva, que se utilizaba para mantener en esa condición a los acusados mientras se veía su causa y se determinaba la sanción que había de aplicárseles. Las fuentes describen las prisiones prehispánicas como cercados, empalizadas que eran más bien simbólicas, en virtud de que el detenido no se atrevía a traspasarlas. También señalan que eran una especie de jaulas multicolores, hechas con madera. Otros historiadores, religiosos principalmente, hablan de cárceles más severas, las describen como lugares oscuros y pequeños, en donde se sufría de hambre y sed.

Entre los *mexicas* y los *culhuas* la prisión preventiva no podía ser mayor a 82 días, que era el período de tiempo que transcurría entre la celebración de los consejos en que se veían y resolvían, por el *tlatoani* y el *cihuacoatl* en persona, los procesos más arduos y aquellos en los que se juzgaban hechos que podían merecer la pena de muerte.

⁶⁶ Barrita López Fernando A. Prisión Preventiva y Ciencias Penales, 3ª edición, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 1999, p. 30.

⁶⁷ Barrita. op. cit.

En los dinteles de *Yaxchilán*, en lo que hoy es el Estado de Chiapas, el pueblo maya dejó representada la figura del prisionero, particularmente en los dinteles numerados como 8, 9 y 12. En los códices *Azcatitlán* y *Quinátzin*, cuya elaboración se atribuye a los pueblos aztecas, aparece el respectivo glifo de la prisión. Ambos códices se localizan en la Biblioteca Nacional de Francia, ubicada en París.

En el México colonial, el Santo Oficio fue quien introdujo la figura de la prisión preventiva, conocida como cárcel secreta, en la que permanecían los reos incomunicados hasta la sentencia definitiva.

El rigor de la cárcel secreta vino a ser atenuado por el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, dictado en Apatzingán, el 22 de octubre de 1814.

Dentro de las Leyes Generales (Constitucionales) que han regulado la vida independiente de nuestra Nación, la prisión preventiva ha sido tratada como a continuación pasamos a exponer.

En el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, de fecha 18 de diciembre de 1822, se establecía: Artículo 72. “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, o en su defecto a satisfacer al arrestado los atrasos y perjuicios que se sigan de aquélla providencia.” En el artículo 73 disponía que en caso de denuncia, el juez, atendiendo las circunstancias del denunciante y del denunciado, la gravedad y trascendencia del delito, y el fundamento de la denuncia, debía formar proceso instructivo, y si de allí resultaba semiplena prueba o vehemente sospecha, debía proceder al arresto; lo mismo haría cuando, obrando de oficio, temiera fundadamente que se fugara el reo antes de averiguar el hecho.

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 4 de octubre de 1824, en su artículo 112, prohibía al Presidente de la República privar a alguien de su libertad, u oponerle pena alguna, y sólo en caso de que el bien común y la seguridad de la federación lo exigiera, podría arrestar, debiendo poner a las personas arrestadas, en el término de cuarenta y ocho horas, a disposición del juez competente.

En las Leyes Constitucionales de la República Mexicana, de fecha 29 de diciembre de 1836, se estableció, en el artículo 43, la exigencia, para la procedencia de la prisión preventiva, de información sumaria de la que resultara haber sucedido un hecho que mereciera, según las leyes, ser castigado con pena corporal; así como algún motivo o indicio suficiente para creer que la persona señalada había cometido el hecho criminal.

El Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1886, (30 de junio de 1840), en su artículo 9º, establecía que ningún mexicano podía ser llevado a la cárcel o a otro lugar de prisión, ni mantenerle en ella sin que se expidiera mandamiento por escrito, de la autoridad respectiva o se proveyera auto formal motivado, y se diera copia de uno y otro tanto al interesado, como al alcalde o custodio de la prisión, quienes (éstos dos últimos) tenían prohibido recibir algún reo si no se les entregaba su juego de copias.

Ese mismo artículo 9º, disponía que ningún mexicano podía ser detenido más de tres días por alguna autoridad política, sin ser entregado al fin de ellos, con los datos que hubieran dado margen al procedimiento, a la autoridad judicial, ni por ésta por más

de ocho días, sin proveer auto motivado de prisión. Nadie podía ser declarado formalmente preso, sin que precediera información sumaria, de la cual resultara por lo menos prueba semiplena, de haber cometido algún delito. En términos similares se pronunciaron las subsecuentes leyes fundamentales del México independiente, con sólo las particularidades que pasamos a señalar.

En las Bases Orgánicas de la República Mexicana, de fecha 12 de junio de 1843, el artículo 9º introdujo el término indicio que sustituyó al de prueba semiplena que habían estado usando las anteriores leyes fundamentales. Requería indicio suficiente para presumir al reo como autor del delito que se perseguía, y que justificaba la detención que se transformaría en prisión si los indicios llegaban a corroborarse.

En el Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, de fecha 16 de junio de 1856, aparece expresamente prohibido todo maltrato y toda molestia en la aprehensión y en las prisiones, violaciones que debían corregir las leyes y castigar severamente las autoridades.

En el Mensaje y Proyecto de la Constitución de Venustiano Carranza, de fecha 1º de diciembre de 1916, aparecen los términos: averiguación previa, cuerpo del delito, probable responsabilidad y libertad bajo fianza si el delito no merecía ser castigado con pena mayor a cinco años de prisión.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 5 de febrero de 1917, estableció que sólo por delito que mereciera pena corporal, habría lugar a prisión preventiva; que ninguna detención podría exceder del término de tres días sin que se justificara con un auto de formal prisión en el que se expresaran el delito y los elementos que lo constituyeran, así como los datos que arrojará la averiguación previa, mismos que debían ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. Asimismo dispuso que el acusado, inmediatamente que lo solicitara fuera puesto en libertad bajo fianza siempre que el delito mereciera ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no fuera mayor de cinco años de prisión. Si el delito mereciera ser castigado con pena cuyo término medio aritmético fuera mayor de cinco años de prisión, no tendría derecho a libertad bajo fianza, caución u otra garantía, debiendo quedar prisionero preventivamente.

La Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, aprobada el 6 de marzo de 2008, establece, en el primer párrafo del artículo 18, que sólo por delito penado con privativa de libertad (que es más del 90%), habrá lugar a prisión preventiva.

En el artículo 19, segundo párrafo, dispone que el Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares sean insuficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez, de oficio, ordenará la prisión preventiva, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Deja a la ley secundaria la determinación de los casos en los que el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.

Al artículo 20, (que ya es una tradición usarlo para las cuestiones penales más importantes), lo divide en tres apartados: A) De los principios generales del proceso penal, B) De los derechos de los imputados y C) De los derechos de las víctimas del delito.

En el encabezado establece que el proceso penal será acusatorio y oral, y se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

En el apartado A), como principio general, dispone que el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, la protección del inocente, la procuración de que el culpable no quede sin castigo y la reparación de los daños causados por el delito (fracción I).

En la fracción V señala que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora; que las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente. Esperamos que esto contribuya a la creación de una Dirección General de Servicios Periciales de que carece la institución de la defensa y que la pone en clara desventaja al momento de sostener y demostrar la defensa, frente al Ministerio Público quien sí cuenta con Servicios Periciales, que son pagados con el erario público, de aquí mismo podrían salir los recursos para los servicios periciales de la defensa.

En la fracción VIII enarbola un principio que para nuestra investigación es sumamente importante, máxima que a la letra dice “El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado.” Está adelantando el reconocimiento de la presunción de inocencia, que más adelante aceptará expresamente, del *in dubio pro reo* y de la seguridad jurídica.

En el apartado B), fracción I, como derecho de los imputados, reconoce expresamente la presunción de inocencia de los procesados. Éste es uno de los puntos más importantes de la reforma, en virtud de que nuestros gobiernos siempre habían mostrado resistencia para aceptar expresamente la presunción de inocencia de los procesados en materia penal y aunque en la práctica existía, siempre es mejor y más seguro el reconocimiento expreso y en la letra de la Constitución. Considero que esto propiciará una significativa mejoría en muchos de los espacios de nuestra justicia penal. Habrá más armonía con los instrumentos internacionales y esto llevará a conseguir mayor fortaleza para toda la Nación. El texto dice: “B. De los derechos de toda persona imputada: I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.” Este reconocimiento de la presunción de inocencia, y la declaración de que el proceso penal será acusatorio y no inquisitivo (encabezado), son propios de los sistemas democráticos, liberales y humanistas.

En la fracción VIII estipula que la prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso podrá ser superior a dos años.

En el apartado C), fracción VI, concede derecho a la víctima del delito para solicitar las medidas cautelares y las providencias que sean necesarias para la protección y restitución de sus derechos.

En el artículo 21 se muestra disposición para participar en los planos internacionales, al señalar: “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.”⁶⁸ Creo que en este rubro de la participación internacional, las demás instancias gubernamentales podrían aportar valiosa experiencia y colaboración.

f) Función de la prisión preventiva

Según la doctrina dominante⁶⁹ y los principales instrumentos jurídicos⁷⁰, a la prisión preventiva corresponde la función de garantizar el desarrollo del proceso, la seguridad de la víctima del delito y la imposición de la pena.

El proceso es responsabilidad de la autoridad y a ella corresponde garantizar su desarrollo. La seguridad de la víctima y de todos los miembros de la sociedad debe garantizarla el Estado, quien, en colaboración con todas las Entidades públicas, principalmente con las de fuerza pública, está obligado a garantizar la seguridad de todos los gobernados, incluidas las víctimas de delitos. La imposición de la pena no puede ser garantizada por la prisión preventiva, en virtud de que la pena es incierta, el proceso puede terminar en absolución o condena, el indiciado tiene en su favor la presunción de inocencia, la libertad es el bien de mayor valor axiológico. Por la mitad de una incertidumbre, que en este caso es la condena, no pueden sacrificarse tres de los bienes más valiosos de toda persona, en este caso la libertad, la presunción de inocencia y la seguridad jurídica, que interesan y afectan a todos los integrantes de la sociedad.

La verdadera función de la prisión preventiva consiste en intimidar a los gobernados, debilitar a los adversarios del Estado, librarse de sujetos incómodos, justificar el multimillonario gasto público que se hace en el sistema carcelario mexicano, seguir recibiendo las grandes fortunas ilícitas que producen los centros de reclusión, exterminar a una clase social, mostrar que son escoria social, que son sólo objetos y medios para los poderosos, también sirve para colmar la sed de venganza. La prisión preventiva busca que el detenido se vaya convenciendo de que es culpable, que pierda la capacidad de respuesta, por medio de la depresión, el miedo, las drogas, el alcohol, las golpizas, las humillaciones, la homosexualización, el encierro, la depauperización, el abandono, el rencor, el acoso de los otros presos, de los custodios, de la fajina, etcétera.

Para que a una persona le apliquen la prisión preventiva sólo se requieren datos que hagan posible su responsabilidad, el juez ratificará o decretará la detención provisional con esos meros indicios, dentro de las siguientes setenta y dos horas de haber quedado el indiciado a su disposición, normalmente lo hacen en las primeras cuarenta y ocho horas, el flamante juez de control, puede hacerlo en la primera hora que sigue a la

⁶⁸ Gobierno Federal. Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, Talleres Gráficos de México, México, 2008, p. 24.

⁶⁹ Fue expuesta, analizada y criticada líneas arriba.

⁷⁰ Los trataremos y cuestionaremos a detalle en el Capítulo III de esta investigación.

solicitud del Ministerio Público, porque debe resolver la petición inmediatamente. Las estadísticas que han dado a conocer el CIDE, la Cámara de Diputados Federal, el WOLA, el TNI, demuestran que de cada cien casos en que el juez decretó la prisión preventiva, en noventa y cinco de ellos dictó sentencia condenatoria, lo que quiere decir que el indiciado fue condenado con meros datos, el juicio fue una simulación, al ser consignado ante el juez ya iba condenado, lo había juzgado y lo había condenado el policía, el acusador, el ministerio público, actuando como juez y parte, lo había condenado en la averiguación previa. El juez prestó su jurisdicción para validar la decisión del policía, olvidó la encomienda que recibió y la protesta que rindió al momento de ser investido jurisdiccionalmente. Hasta allí le han conducido sus propios yerros y los del Poder Legislativo.

La prisión preventiva además provoca la inconsistencia de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al generar unas antinomias normativas insolubles por la incompatibilidad de los artículos 18 y 19 con el 14; viola la garantía del debido proceso en sus elementos más importantes; incumple las más esenciales formalidades del procedimiento; vulnera el derecho humano de mayor valor axiológico; consume multimillonarios recursos humanos y económicos; enfrenta el discurso demagógico de los gobiernos y de los organismos internacionales, con la diaria realidad. Es irracional.

La prisión preventiva es incompatible con los derechos humanos, la teoría general del proceso y la racionalidad, como veremos en los capítulos siguientes.

g) Síntesis

La prisión preventiva es una pena anticipada, así lo reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20, reconocimiento que es ratificado por la práctica judicial. El juez que decreta y aplica la prisión preventiva en las primeras setenta y dos horas de tener al indiciado a su disposición, en 95% de esos casos dicta sentencia definitiva condenatoria, no porque la resolución corresponda a los hechos consignados, probados y encuadrados en los supuestos jurídicos, como lo mandan las formalidades esenciales del procedimiento, sino porque el juez se ve forzado a ser congruente y no contradecir la determinación con que decidió la situación jurídica del indiciado que le fue puesto a disposición por la procuraduría de justicia, vía aprehensión, flagrancia, *cuasiflagrancia*, caso urgente o arraigo. El juez tuvo que elaborar un auto para ratificar la privación de la libertad del indiciado, debió hacerlo inmediatamente o, en el mejor de los casos, en el plazo de setenta y dos horas. Si en la sentencia definitiva absolviera al procesado, estaría reconociendo que la privación de su libertad fue injusta, para evitar contradecirse y tener que elaborar un dudoso razonamiento que justifique la diferencia de decisiones, prefiere ser congruente y repetir la decisión que tomó antes de que el juicio comenzara y antes de que las pruebas fueran ofrecidas, admitidas y aportadas; antes de que se formularan conclusiones (alegatos) y antes de que fuera el momento procesal oportuno. El juez penal prejuzgó, acto que está terminantemente prohibido por el Derecho, el juez penal simuló tramitar un procedimiento y emitir un juicio producto de ese procedimiento simulado, el juez penal no resolvió el caso, sólo convalidó la resolución que había dictado el ministerio público.

Si en la sentencia definitiva el juez absuelve, corre el riesgo de ser procesado por abuso de autoridad, privación ilegal de la libertad, delitos contra la administración de

justicia y por faltas cometidas en el ejercicio de su función, además de que puede ser condenado a indemnizar al indiciado por todo el tiempo que lo mantuvo privado de su libertad. Prefiere sumarse a los persegutores.

Capítulo II

La Prisión Preventiva en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Un Problema Grave de Antinomias

a) Presentación

La teoría general del derecho es concebida como el conjunto de conocimientos que analiza, expone y explica el Derecho. Denuncia y aborda los problemas que encuentra con la intención de resolverlos. Está encargada, principalmente, a los filósofos del derecho. La teoría y la filosofía del derecho han definido a su objeto de estudio como el conjunto de normas que regulan, en forma coactiva, la conducta humana, como el orden de normas creadas por un órgano competente, como un sistema de normas expresas y deducibles. Puede verse que la primera concepción es la más sencilla pero la más general, para ella el derecho está integrado por todas aquellas reglas que ordenan al ser humano conducirse de cierta manera, bajo la advertencia de que en caso contrario, será compelido por la fuerza pública.

El orden jurídico positivista, con Hans Kelsen a la cabeza, niega el carácter de norma jurídica a cualquier regla que no haya sido expresamente elaborada por un órgano competente.⁷¹ El sistema jurídico se integra de un núcleo normativo creado expresamente por órganos competentes y por un conjunto de normas que pueden deducirse de ese núcleo expreso. El orden positivista puede identificarse por los filósofos a quienes preocupa tener todo bajo control, lo que no sea obra del legislador no es derecho, son radicales y enfrentan el problema de qué hacer con las otras fuentes del derecho en las que no interviene un órgano legislativo, por ejemplo, los principios generales del derecho, la jurisprudencia, la costumbre, que están considerados, al igual que la ley, fuentes del derecho reconocidas por la Constitución Federal y los Códigos Civiles Federal y Estatales, que son las leyes fundamentales de nuestro marco jurídico. El sistema jurídico, más extenso que el orden positivista, es acusado de ser exageradamente abierto, en virtud de que con argumentaciones forzadas o arregladas, dicen, podría hacerse pasar como jurídica una conducta que en realidad no lo fuera. Sin embargo el legislador no puede hacer una norma para cada posible conducta, por ello tenemos que aceptar las instituciones jurídicas de la analogía y la mayoría de razón, extremos que apoyan la postura de las normas deducibles y ponen en aprietos a la concepción del orden jurídico que exige a cada norma un proceso de creación legislativo. Sea conjunto de normas, orden jurídico o sistema jurídico,⁷² los tres conceptos coinciden en que es necesaria la consistencia de las partes de un todo. Rechazan el hecho de que una norma prohíba la conducta X y otra norma la autorice. A esto le llaman contradicción, incompatibilidad, incoherencia, antinomias, etcétera, que deben ser erradicadas de todo ordenamiento o sistema jurídico, por ser graves irregularidades. Sobre esto el profesor italiano Norberto Bobbio expresa: “Se dice que un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles. Aquí, *sistema* equivale a validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas. Si en un ordenamiento existieren dos normas

⁷¹ Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho, Capítulo V, Dinámica jurídica, 7ª edición, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 1993, pp. 201-284.

⁷² Schmill, Ulises. Lógica y Derecho, Editorial Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Ciudad de México, 2008.

incompatibles, una de las dos, o ambas, deben ser eliminadas. Si esto es verdad, quiere decir que las normas de un ordenamiento tienen cierta relación entre sí, y que esta relación es una relación de compatibilidad, que implica la exclusión de incompatibilidad... La situación de las normas incompatibles entre sí es una dificultad tradicional, a la que se han enfrentado los juristas de todos los tiempos, y tiene una denominación propia característica: *antinomia*.⁷³

El derecho no puede autorizar y prohibir la misma conducta. Esa imposibilidad se establece para el derecho en lo general y para las leyes en particular. El derecho es un universo jurídico, la constitución es otro universo, el código civil otro y una norma otro. La imposibilidad de contradicción, incompatibilidad e incoherencia aplica para todos esos universos jurídicos.⁷⁴ Veamos cómo cumple nuestra constitución esta exigencia de compatibilidad normativa.

En la parte dogmática o de los Derechos Humanos y sus Garantías, la Constitución Mexicana regula la figura de la prisión preventiva, podemos ver que por un lado la prohíbe y por el otro la ordena. No es una contradicción sólo de nuestra ley fundamental, casi todos los ordenamientos jurídicos, nacionales e internacionales, la padecen. Esta pluralidad de incompatibilidades la constataremos y analizaremos en el Capítulo III de esta investigación. En el presente nos ocuparemos de las antinomias normativas que contiene nuestra constitución. Antes de la reforma del año 2008, era sólo entre los artículos 14 y 16 constitucionales, después de las modificaciones, muy especialmente de la que se practicó al artículo 19, se ampliaron desmesuradamente los supuestos en que se aplicará la prisión preventiva y se obligó al juez a decretarla de oficio en todos los casos, con el único requisito de que se la solicite el ministerio público. Nos cercioraremos de que no es verdad lo que declara el Constituyente en el sentido de que la prisión preventiva será la excepción, siendo la verdad que se aplicaba prácticamente a todos los casos, por ejemplo, al 93% de los delitos tipificados por el Código Penal Federal, y al 95% de los tipificados en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Con las reformas constitucionales del año 2008, ese porcentaje aumentó, se fue al 100% como se verá a continuación.

Hoy más que nunca las antinomias constitucionales se muestran como una de las más serias amenazas contra nuestro ordenamiento jurídico y contra cada uno de nosotros. Los diputados federales, en su dictamen expresaron que las antinomias normativas entre la presunción de inocencia, las formalidades esenciales del procedimiento y la seguridad jurídica, por un lado, y la prisión preventiva, la seguridad pública y la imposición de la pena, por el otro, son insalvables,⁷⁵ veremos que afortunadamente se equivocan.

La teoría general del derecho y la filosofía del derecho exigen coherencia en todo ordenamiento jurídico, no puede ser de otro modo, si el objeto del Derecho es regular las conductas humanas, lo menos que puede hacer ese sistema regulador es evitar

⁷³ Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho, 3ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 2007, pp. 186 y 187.

⁷⁴ Kalinowski, Georges. Lógica de las Normas y Lógica Deóntica, Editorial Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Ciudad de México, 1993, pp. 45-83.

⁷⁵ Dictámenes de fecha 10 de diciembre de 2007, de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores, para la Reforma de 2008, a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, apartado de Medidas Cautelares y Prisión Preventiva.

contradicciones en sus reglas, además de ser claro, directo y preciso al señalar qué conductas están prohibidas y cuáles otras son impuestas. Por ello mismo la estructura jurídica básica, a fin de proporcionar la confianza y la certeza que requieren los gobernados, tendrá como objetivo primario exigir a los instrumentos jurídicos ausencia de contradicciones y exención de incompatibilidades. La filosofía jurídica, como actividad racional estudiosa, explicativa y propositiva del derecho tampoco acepta contradicciones en los ordenamientos jurídicos.

b) La reforma constitucional de 2008

El año 2008 se reformó el sistema penal mexicano, los cambios se hicieron desde el texto constitucional. Los legisladores aseguraron que con su reforma se transitaba de un caduco sistema mixto con tendencia al inquisitorial, al acusatorio y oral, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación; que reconocía la presunción de inocencia, la excepcionalidad de la prisión preventiva y los demás derechos fundamentales, de acuerdo con las recomendaciones que habían realizado diversos organismos nacionales e internacionales de derechos humanos.⁷⁶ Esta investigación trata de demostrar que el proceso penal creado por los constituyentes no es acusatorio, tampoco se rige por los principios anunciados y menos aun reconoce la presunción de inocencia ni la excepcionalidad de la prisión preventiva.

c) Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México

La Organización de las Naciones Unidas, a través de su Alto Comisionado para los Derechos Humanos, el año 2004, después de haber realizado un diagnóstico sobre la situación que guardaban los derechos humanos en México, muy particularmente los derechos civiles frente al sistema de justicia, recomendó al Gobierno Mexicano que modificara su sistema penal, lo instó para que dejara de usar el modelo inquisitorial que venía aplicando y lo sustituyera por el acusatorio, que, a diferencia del inquisitorial, ofrece ciertas garantías para los derechos humanos, está identificado como propio de los regímenes democráticos, impide el abuso del poder, se corresponde con los estándares que exigen los ordenamientos jurídicos internacionales; sin dejar de sancionar, respeta a la persona humana.

El organismo internacional acusó al Gobierno Mexicano de cometer y tolerar graves violaciones contra los derechos humanos, consistentes en abusar de la prisión, especialmente de la prisión preventiva; no ejercer control sobre la fuerza de sus cuerpos represivos: policía, ejército y ministerio público; ser incapaz de frenar los abusos de las procuradurías generales de justicia (ministerio público); apresar a las personas por motivos políticos, atribuyéndoles delitos ordinarios; no garantizar el debido proceso; anular el derecho de defensa; fomentar y practicar la incomunicación, la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes en agravio de las personas detenidas; no proteger y sí amenazar, la libertad personal, “derecho fundamental que en México es vulnerado de manera sistemática por diferentes autoridades”⁷⁷; propiciar las detenciones

⁷⁶ Dictámenes de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores. Diciembre de 2007.

⁷⁷ ONU, Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México, México, 2004, p. 12.

arbitrarias y no ofrecer garantías procesales; además de no proporcionar a la gente pobre una defensoría de oficio o pública.⁷⁸

México, señaló el Alto Comisionado, cuenta con un sistema penal inquisitorial, profundamente antidemocrático, injusto, inequitativo y muy por abajo de los estándares mínimos ordenados por los instrumentos jurídicos internacionales que se comprometió a cumplir. El Estado Mexicano, recomendó el Comisionado de la ONU, debe adoptar un sistema penal acusatorio que garantice los derechos humanos, muy particularmente la libertad de la persona, su presunción de inocencia, su derecho de defensa, el debido proceso, los derechos de la víctima.⁷⁹

El país, advirtió, debe abandonar de inmediato el sistema penal inquisitorial e incorporar el modelo acusatorio, que sí ofrece garantías para los derechos fundamentales, pero antes, debe reducir los supuestos de prisión preventiva, ya que, de no hacerlo, adelantó la Organización de Naciones Unidas, los efectos serán contrarios a los buscados, pues crecerá el número de personas encarceladas, además de que la prisión preventiva impedirá el derecho de defensa, porque quien se encuentra preso no puede buscar y presentar medios de prueba.

Deben eliminarse las atribuciones que la ley concede al ministerio público para que actúe como juez; precisarse que el derecho de defensa lo tienen todas las personas desde el momento de su detención y a las mismas debe reconocérseles su presunción de inocencia y como inocentes deben ser tratadas durante todas las etapas del proceso, mientras no sean declaradas culpables por una sentencia firme.

Deben reducirse sustancialmente los supuestos constitucionales para imponer la prisión preventiva y establecer su improcedencia en los casos que el delito de que se trate prevea pena sustitutiva a la prisión. Es necesario que se promueva una legislación integral en materia de penas sustitutivas de la prisión.

La prisión preventiva debe ser totalmente excepcional.

Debe desaparecer, de las leyes y de la práctica, el arraigo.

El Estado Mexicano, recomendó el Alto Comisionado, debe garantizar el derecho a defensa de los reclusos y facilitar la labor de los defensores y de las organizaciones no gubernamentales.

Debe poner freno a las acciones de la policía, quien frecuentemente es señalada como ineficaz para la investigación de los delitos y para el mantenimiento de la seguridad y el orden públicos, y, por el contrario, muy eficaz para la corrupción, las detenciones arbitrarias y las torturas. Junto con el ejército y el ministerio público, la policía, en México, practica de modo generalizado la detención arbitraria, la tortura y los malos tratos, en los ámbitos estatal y federal (olvidaron señalar el municipal). Esas prácticas se perpetúan y se recrudecen, apuntó el diagnóstico, porque las autoridades no

⁷⁸ El 95% de los casos que atiende la Defensoría de Oficio es condenado. ONU, Grupo de Trabajo sobre los Derechos Humanos, informe del año 2002.

⁷⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México, Capítulo 2: Derechos Civiles, México, 2004, pp. 11-42.

analizan debidamente las acusaciones por torturas y tratos inhumanos que han provocado la muerte de las personas detenidas, decesos que han sido muchos y por ellos, debido a graves deficiencias en las investigaciones, ningún funcionario público ha sido procesado, no obstante que dichos funcionarios eran garantes de la seguridad de las personas sometidas a detención y tenían estrictamente prohibido torturarlas e infringirles tratos crueles e inhumanos, además de que era su obligación oponerse enérgicamente a que otro u otros se los propinaran y, en su caso, denunciar dichos abusos.⁸⁰

Por todo lo anterior, demandó el Alto Comisionado, el Estado Mexicano debe adoptar un sistema penal acusatorio y garantizar:

- La desaparición del arraigo
- La presunción de inocencia
- La excepcionalidad de la prisión preventiva
- El debido proceso
- El derecho de defensa
- El respeto y la protección de los derechos humanos de las personas detenidas.

El Gobierno Mexicano no hizo el menor caso a las recomendaciones y menos aun cumplió las demandas de los organismos internacionales. Al contrario, recrudesció sus ataques a los derechos humanos, muy especialmente en contra de las personas señaladas como sospechosas de alguna falta penal. El Constituyente Permanente de 2008, simuló adoptar el sistema penal acusatorio, siendo que en realidad impuso el modelo penal inquisitorial radical, menos respetuoso, menos garantista y más vulnerador de los derechos humanos que su antecesor: el mixto tendiente al inquisitorial. El Estado Mexicano no desapareció el arraigo, lo elevó a rango constitucional. Anuló la presunción de inocencia al hacer prevalecer sobre ella a la probabilidad de responsabilidad. A la prisión preventiva no la hizo excepcional, sino que la generalizó, la convirtió en regla única para los procesos penales, la ordenó para todos los delitos, incluso para aquellos que merecen pena no privativa de libertad, le ordenó al juez imponerla oficiosamente en determinados casos y dejó en manos del ministerio público la decisión de su aplicación. Eliminó el concepto mismo de debido proceso, pues en contra del indiciado constitucionalizó la alianza del juez y el ministerio público, las actuaciones secretas, la imposibilidad de contradecir los argumentos, las pruebas y las actuaciones de cargo, desapareció la división entre acusación y juicio, ambas etapas las convirtió en una, cuyo éxito lo encomendó a la pareja formada por el juez y el ministerio público, todo, repito, en agravio del procesado. Imposibilitó el derecho de defensa, hizo la justicia inaccesible para el reo, a quien le ocultó las actuaciones, le negó los derechos de igualdad, de equidad, de audiencia y de prueba.

El Legislador Constitucional reformó el texto fundamental para negar todos los derechos humanos a las personas sospechosas de haber cometido un hecho señalado como delito o de haber participado en su comisión y, lo peor de todo, es que en sus discursos públicos y privados asegura que escuchó y satisfizo las exigencias de los organismos internacionales supervisores del respeto y el cumplimiento de los derechos humanos.

⁸⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas. Código de Conducta de los Agentes Encargados de Hacer Cumplir la Ley, 17 de diciembre de 1979, Resolución 34/169.

El Constituyente Permanente llevó a cabo sus reformas de tal manera que la norma, en principio, declara y se compromete cumplir los compromisos en materia de derechos humanos y luego incorpora salvedades, reservas, antinomias, incongruencias, contradicciones y toda una serie de artificios, para terminar anulando las garantías que había establecido. Este método, por demás engañoso, encubridor y demagógico, es utilizado por la Constitución y por el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, que es el instrumento que la Comisión Nacional de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, está utilizando para imponer a las legislaciones estatales las reformas constitucionales. Veamos cómo es eso.

d) Contenido de las reformas constitucionales de junio de 2008

Una vez que el Diagnóstico del Alto Comisionado se hizo público, el Ejecutivo Federal, a cargo de Vicente Fox Quezada, envió al Congreso de la Unión una propuesta de reformas a la Constitución que no se atendió. El asunto fue retomado por Felipe Calderón Hinojosa, quien, como Presidente de México, envió otra propuesta de reformas constitucionales, de ellas se hizo cargo la LX Legislatura Federal, 2006-2009, compuesta por la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, legisladores que, junto con las Legislaturas Estatales, reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁸¹

Las reformas, sustancialmente, consistieron en:

- a) La autorización del arraigo de las personas, medida que ordena el juez de control, a petición del ministerio público, bastando que éste señale al investigado como sospechoso de delincuencia organizada. (Art. 16)
- b) La creación de la figura del juez de control, que autoriza en forma inmediata, las solicitudes del ministerio público relacionadas con la imposición de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación que requieren control judicial. (Art. 16)
- c) La autorización de las comunicaciones entre jueces y ministerio público, durante la investigación, antes de que se notifique al indiciado y sin que éste intervenga, sólo se requiere que de esas comunicaciones, entre jueces y ministerio público, se lleve un registro. (Art. 16)
- d) La autorización de la incomunicación en prisión preventiva y en las penitenciarías, para los procesados y los sentenciados, respectivamente, por delincuencia organizada. (Art. 18)
- e) La prevalencia de la probabilidad de responsabilidad sobre la presunción de inocencia. (Art. 19 primer párrafo)
- f) La prisión preventiva en todos los procesos penales a solicitud del ministerio público, y decretada oficiosamente por el juez en casos determinados. (Art. 19, segundo párrafo)

⁸¹ Decreto del Ejecutivo Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

- g) La declaración de que el proceso penal será acusatorio y oral, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. (Art. 20, encabezado)
- h) La declaración de la presunción de inocencia. (Art. 20, apartado B)
- i) La unión de las fases de investigación y juicio. (Arts. 16, 17, 19, 20 y 21)
- j) La sociedad entre juez y ministerio público para condenar al procesado. (Art. 20, apartado B, fracción VI, segundo párrafo *in fine*)

Con esto, afirmaron los constituyentes, se satisfacen las demandas del exterior, se propicia la transición de un sistema procesal mixto con tendencia al inquisitorial (cuestionado), a otro procesal penal acusatorio y oral, respetuoso y protector de los derechos humanos, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.⁸²

¡Tal afirmación es falsa! Lo que hicieron los constituyentes fue instaurar un sistema procesal penal inquisitorial radical, más represivo y más violatorio de derechos humanos que su antecesor, sólo superado por el que utilizó el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, que funcionó en nuestro país de 1536 a 1810.⁸³

Los legisladores constitucionales aseguraron que el nuevo sistema penal atendía los reclamos que los organismos internacionales habían hecho al Gobierno Mexicano para que dejara de violar los derechos humanos de su población. De aquí en adelante, festejaron los diputados y senadores, contaremos con un procedimiento penal que garantice al reo su libertad personal,⁸⁴ su presunción de inocencia, la neutralidad del juez, la igualdad de las partes, la equidad, la publicidad, el principio de contradicción, el derecho de defensa, en una palabra: el debido proceso. El proceso penal, celebraron, ha dejado de ser inquisitorial, para convertirse en acusatorio, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública y

⁸² Dictámenes citados con anterioridad..

⁸³ Buelna Serrano, María Elvira. Indígenas en la Inquisición Apostólica de fray Juan de Zumárraga, editado por Universidad Autónoma Metropolitana, dentro de la Serie Estudios, Biblioteca de Ciencias Sociales y Humanidades, Azcapotzalco; México, 2009.

⁸⁴ Eso está muy lejos de la verdad, los Constituyentes, en realidad, privaron de su derecho humano a la libertad, a todos los reos, sin importarles si el delito de que se trate sea leve, grave o de otra naturaleza. Ese atentado contra los derechos humanos lo perpetraron los Constituyentes cuando convirtieron a la prisión preventiva en la regla general (prácticamente única) de los procesos penales. Ignoraron los medios sustitutivos de la prisión preventiva que proponen destacados doctrinarios, por ejemplo, Luis Rodríguez Manzanera, en su obra La crisis penitenciaria y los sustitutivos de la prisión, denuncia la crisis del sistema carcelario y, al tiempo que reclama la excepcionalidad de la prisión, propone, como vías de solución: a) La creación o actualización de leyes de ejecución de sanciones, b) El desarrollo de cuerpos administrativos (seguramente interdisciplinarios) que estudien y propongan las medidas substitutivas adecuadas, c) El cambio del sistema correccional tradicional hacia formas más elásticas, y que permitan la aplicación de los substitutivos, y d) Un mayor acercamiento entre los diversos órganos de administración de justicia. 3ª edición, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2004, pp. 133-134. Por su parte, José Jesús Cázarez Ramírez, en Medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en el Estado de Michoacán, propone, como medidas alternativas a la prisión preventiva, 1. La detención domiciliaria, 2. El arresto de fin de semana, 3. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, 4. La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o autoridad que se designe, 5. El confinamiento, 6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares, 8. El abandono inmediato del domicilio, 9. La prestación de una caución adecuada o conforme a las posibilidades económicas, 10. La suspensión en el cargo o encomienda, 11. El monitoreo electrónico. Editorial Porrúa, México, 2008, pp. 126-131.

contradictoria; las partes tendrán igualdad procesal; ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el derecho de contradicción; cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y los principios y bases antes mencionados se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

Lo asegurado por los Senadores y Diputados del Congreso de la Unión y aceptado por las Legislaturas de los Estados, desafortunadamente, es mentira. El nuevo proceso penal es más inquisitorial que antes de la reforma, de ninguna manera es acusatorio y menos aun garantiza la libertad personal, la presunción de inocencia, la neutralidad del juez, la igualdad de las partes, la equidad, ni el derecho de defensa. El proceso penal que crearon los legisladores federales, viola los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Es contrario a la igualdad procesal, autoriza al juez a tratar asuntos sujetos a proceso en audiencia privada con el ministerio público y sin que esté presente el indiciado, a quien ni siquiera se le informa de la existencia de la investigación, menos aun se le da oportunidad de contradecir, ya no digamos de defenderse, los argumentos que el acusador, en reunión privada con el juez, formula en contra del indiciado; la reforma convalida pruebas obtenidas a través de actos violatorios de derechos humanos.

Debe recordarse que el sistema inquisitorial es identificado con los regímenes dictatoriales, represores, despóticos, debido a que autoriza las delaciones anónimas y las actuaciones secretas, el tormento sobre acusados y testigos, la supremacía de la autoridad sobre el ciudadano, la unión del juez y el acusador para actuar en contra del acusado, la supremacía del interés común sobre el individual; hace uso de la prisión preventiva en forma generalizada y de la punitiva preferentemente frente a otras sanciones no privativas de libertad; mientras que el sistema acusatorio se identifica con el humanitarismo, la democracia, los regímenes liberales, en razón de que prohíbe las delaciones anónimas y las actuaciones secretas, impone la publicidad hacia todos, principalmente hacia el acusado, éste debe conocer siempre el desarrollo del procedimiento; prohíbe estrictamente el tormento para conseguir la declaración del acusado y los testigos; sobre las instituciones públicas y el derecho a castigar, hace prevalecer el derecho del ciudadano, prohíbe la unión del juez y el acusador; concede tanto valor al interés común como al individual; utiliza la prisión preventiva excepcionalmente y la punitiva como último recurso.⁸⁵

De lo anterior deducimos fácilmente por qué al Gobierno mexicano le preocupa convencernos de que su proceso penal es acusatorio y no inquisitorial.

e) ¿El nuevo proceso penal es acusatorio?

La respuesta a la pregunta anterior la obtendremos a partir del análisis que realicemos sobre el texto reformado de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a la luz de la teoría general del proceso, la teoría general de la prueba y la teoría de las verdades rivales.

El problema queda planteado con:

⁸⁵ Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, Víctor P. de Zavalía-Editor, Buenos Aires, 1981, pp. 71-74.

1. La afirmación de la LX Legislatura Federal, en el sentido de que el proceso penal que creó es acusatorio y regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, además de que en el mismo:

- a) Se cumplen las recomendaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en Materia de Derechos Humanos, publicadas en su diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México, el año 2004;
- b) Se respeta la presunción de inocencia de las personas sospechosas de haber cometido un hecho señalado como delito o de haber participado en su comisión;
- c) Se garantiza la excepcionalidad de la prisión preventiva;
- d) Se garantiza el debido proceso;
- e) Se garantiza el derecho de defensa;
- f) Se respetan y se protegen los derechos humanos;
- g) Las partes tienen igualdad procesal;
- h) Ningún juzgador puede tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra;
- i) Se respeta en todo momento el derecho de contradicción;
- j) Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales es nula; y
- k) Los principios antes mencionados se observan en las audiencias preliminares al juicio (fase de investigación).

2. Frente a mi posición en el sentido de que lo afirmado por la LX Legislatura Federal es falso, con el agregado de que el sistema que instauró es inquisitorial, más represivo y más violatorio de derechos humanos que el que sustituyó, además de que legalizó graves infracciones a las formalidades del procedimiento, anuló el derecho de defensa y eliminó el concepto mismo de proceso.

El Congreso de la Unión debe acreditar la verdad de sus afirmaciones.

Por mi parte debo acreditar la falsedad de esas afirmaciones.

El Poder Constituyente Permanente invoca el postulado esencial de la corriente positivista: Lo que se encuentra en la norma hipotética fundamental, en este caso en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la Ley Suprema y, por tanto, la verdad absoluta, sin posibilidad de contradicción; y como el texto de la Norma Fundante dice que el proceso penal en México es acusatorio, garantista y se encuentra regido por los principios expresamente relacionados, así es, sin que se requiera prueba alguna para demostrar esa Verdad.

Según el principio de racionalidad, no podemos aceptar que las cosas son como dice un ordenamiento legal, por el solo hecho de que lo diga, debemos verificar si en realidad son así. La ley, como cualquier otra disposición humana, se encuentra bajo la sospecha de ser errónea.

Veremos si el proceso creado por los constituyentes en 2008, es acusatorio, garantiza los derechos humanos y se encuentra regido por los principios que señala.

La metodología que utilizaremos consistirá en buscar en el nuevo proceso las características propias del modelo acusatorio, si no las posee, trataremos de identificarlo

con el inquisitorial o con algún otro. Al efecto nos apoyaremos en la obra del procesalista colombiano Hernando Devis Echandía, particularmente en la que se ocupa de caracterizar los sistemas o modelos procesales.⁸⁶ Después veremos si el nuevo proceso penal está regido por los principios que postulan los constituyentes. Para responder esta segunda interrogante, nos apoyaremos en el propio texto constitucional y en el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación. Finalmente, responderemos a la pregunta de si el nuevo proceso es garantista o más violatorio de los derechos humanos que su antecesor. La respuesta se obtendrá al comparar ambos sistemas.

f) Características del proceso penal acusatorio⁸⁷

1. **El proceso reviste un interés casi exclusivamente privado, es un verdadero combate entre dos partes.** Esta característica no se encuentra en el nuevo proceso penal, en virtud de que el interés es casi exclusivamente público, por ello la presencia del ministerio público, que busca el pago por la ofensa a la paz pública y al orden público. Excepcionalmente y en casos muy especiales se atiende el interés privado. El combate entre partes es una farsa. Cómo puede considerarse combate a la relación que se establece por la diferencia de intereses entre el reo y el Poder Ejecutivo de un Gobierno, representado por su instancia persecutora y acusadora: ministerio público, auxiliada por la Policía, el Ejército, la Marina, la Fuerza Aérea, así como por todas las demás instituciones públicas y privadas, además de todas las personas privadas.⁸⁸ Por si lo anterior fuera poco el reo se encuentra privado de su libertad y con ella ha perdido su empleo, su movimiento, su honor, su domicilio, a su familia, su seguridad y toda posibilidad para intervenir, auténticamente, en el proceso. Mientras el ministerio público goza de todo el presupuesto que el erario público pone a su disposición, además de los bienes que ha confiscado a los acusados, el reo debe conformarse con el defensor de oficio que, en México, pierde el 95% de los casos que simula defender. Por lo anterior, entre otras cosas, es que no podemos aceptar que el proceso penal sea “un verdadero combate entre dos partes.”
2. **Se requiere la iniciativa de las partes para los trámites procesales.** Esta otra característica del auténtico proceso penal acusatorio, tampoco se encuentra presente en el nuevo proceso penal, debido a que, en lo más importante de la materia, que es la pena o privación de la libertad, la Constitución, en el artículo 19, segundo párrafo, reformado, obliga al juez a que ordene, oficiosamente (sin iniciativa de parte), la prisión preventiva, que es el inicio del castigo y la condena anticipada para el indiciado.
3. **El juez tiene una actitud meramente pasiva y un carácter de árbitro que presencia el combate y reconoce al vencedor.** Se encuentra ausente del texto reformado, porque el juez, legitimará todas las acciones que el ministerio público lleve a cabo con el fin de restringir la libertad personal del indiciado. En el nuevo

⁸⁶ Devis. op. cit. pp. 71-75.

⁸⁷ Lo que aparece en negritas es la característica que como propia del proceso penal acusatorio señala Devis Echandía, después de ella verteremos nuestro comentario para hacer notar que la característica correspondiente no se encuentra en el texto de la reforma o para reconocer que sí la incluye.

⁸⁸ Las leyes orgánicas de las diversas procuradurías de justicia, establecen que todas las instituciones públicas del país le prestarán apoyo al ministerio público, mientras que los códigos punitivos penalizan a los particulares que se nieguen a colaborar con él.

proceso el nuevo juez, designado como de control, autorizará la investigación del ministerio público, legitimará las detenciones por arraigo y caso urgente, en audiencia privada con el ministerio público decidirá sobre la solicitud de éste sobre la orden de aprehensión, el juez autorizará al ministerio público para que oculte actuaciones, registros, documentos y diligencias, todo, al indiciado y a su defensor, que garanticen el éxito del ministerio público sobre el indiciado, esas actuaciones secretas que serán acordadas entre el juez y el ministerio público en detrimento del indiciado las autorizan la Constitución en su artículo 16, décimo cuarto párrafo y el Código Modelo Procesal Penal en sus artículos 187, apartado 1; 242, apartado 3; 242, apartado 7; y 244, apartado 3; para la etapa de investigación. De lo anterior es claro que el juez, en el nuevo proceso adquiere un dinamismo sin precedentes para hacer causa común con el ministerio público en contra del indiciado. Con la autorización que el juez de control concede al persecutor ejecutor, para que viole los derechos humanos del indiciado directamente y de toda la sociedad indirectamente, de acuerdo con la letra de la constitución y del código modelo, se legalizan los atropellos, no los legitiman.

4. **Existen tres sujetos: el juez, el acusador y el acusado.** En la constitución y el código modelo, no hay lugar para esa trilogía, porque en los momentos cruciales del procedimiento, como son la fase de investigación, el momento en que se priva de libertad al indiciado, la producción de pruebas, el juez y el ministerio público se vuelven uno, actúan en secreto, con intereses comunes y en contra del procesado, esto lo ordena la constitución y el código modelo a efecto de que el trabajo del persecutor acusador, asegure su éxito, como si no tuviera otras significativas ayudas. Esta sociedad legal del juez y el ministerio público se ve fortalecida frecuentemente cuando a ellos se une el defensor de oficio, los tres contra el reo. Según el texto constitucional, por lo menos en más del 90% de los procesos penales, el reo estará privado de la libertad, circunstancia que le impedirá conseguir pruebas y aportarlas al proceso, no podrá organizar ni preparar su defensa, hechos que impiden considerarlo sujeto procesal, simplemente es el perseguido.
5. **El juez es el pueblo o un delegado de su seno.** En el nuevo proceso los jueces son profesionales, son funcionarios permanentes, de ninguna manera es el pueblo o un delegado de su seno.
6. **El proceso debe tramitarse ante un solo juez.** En el nuevo modelo, el proceso se tramita en diversos jueces, las primeras dos fases: investigación e intermedia o preparatoria, ante el juez de control, y la tercera o de juicio oral, ante el juez receptor de pruebas y resolutor.
7. **El proceso es oral.** Esta característica sí se encuentra presente en el nuevo proceso, aunque desnaturalizada y desaprovechada por las mismas reformas, debido a que la oralidad se implanta para que el juez esté en contacto inmediato con los sujetos del proceso y el trámite del mismo sea más ágil, objetivo que se pierde porque en la reforma se incorporó la figura del juez de control, que interviene desde la etapa de investigación, depura y prepara las pruebas y por mandato de la ley está impedido para conocer del caso en la etapa de recepción y valoración de pruebas y resolución. No hay conocimiento judicial integral del procedimiento ni intermediación entre el juez y los demás sujetos procesales, por ello se pierde lo que la oralidad pretende. La agilidad buscada tampoco se alcanza porque el juez de control puede prorrogar plazos, como en el caso del arraigo o detención en cárceles ministeriales, puede autorizar la suspensión del proceso y el

ejercicio del principio de oportunidad por parte del ministerio público, actos procesales que obstaculizarán el desarrollo procesal.

8. **El proceso es público.** El nuevo proceso es secreto, la constitución y el código modelo, disponen que en sesión privada del juez y el ministerio público, se resuelva sobre la orden de aprehensión pretendida por el segundo, así como que el juez autorice al ministerio público a que guarde en secreto, a espaldas del indiciado y su defensor, determinadas actuaciones, registros y documentos, así como que el juez autorice al ministerio público a que realice diligencias en confidencialidad respecto del indiciado, confidencialidad y reserva que son nuevos nombres que el código da a las actuaciones secretas, contrarias a la publicidad, todo, dice la ley, a fin de asegurar el éxito o eficacia del ministerio público, según expresamente lo ordena el artículos 244, apartado 3 del código modelo del proceso penal.
9. **El proceso es controvertido en toda su extensión y el acusado conoce los cargos que se le formulan desde un comienzo, lo mismo que las pruebas que contra él se aducen.** De esta característica el nuevo proceso está muy lejos, debido a que de tres fases procesales de que se compone el proceso, en dos de ellas el juez y el ministerio público pueden actuar secretamente, ocultando al indiciado actuaciones, registros, documentos, diligencias, es decir, todo, y si esas constancias y estado procesal se desconoce en las dos primeras fases, aparte de que el indiciado está imposibilitado para contradecir lo que no conoce, el tamaño y poder de los sujetos del proceso es muy distinto, como antes se dejó sentado, hecho que por sí mismo hace ilusoria la contradicción, que sólo puede darse entre sujetos que cuenten con las mismas posibilidades para accionar. Como se vio, autorizados por la ley, el juez y el ministerio público ocultan al indiciado, las pruebas que contra él se aducen.
10. **El acusado debe demostrar su inocencia.** Esta característica sí se encuentra en el nuevo proceso, es decir, en el proceso creado por las reformas de 2008, veladamente los constituyentes impusieron al acusado la obligación de probar su inocencia, por más que en su discurso lo hayan intentado ocultar. En el artículo 20 simularon introducir la presunción de inocencia a favor del indiciado, haciendo creer a los inocentes que el indiciado no debe preocuparse por demostrar su inocencia. En el artículo 20, fracción V, continúan la farsa, pues establecen que la carga de prueba para demostrar la culpabilidad, corresponde al ministerio público, situaciones por demás tramposas, en virtud de que los indiciados ingenuos, creyendo en su presunción de inocencia y en el relevo de pruebas, dejan de hacer lo poco que pueden llevar a cabo para la consecución y aportación de pruebas y pierden así su precaria oportunidad para defenderse. Este nuevo proceso puso como pantalla o distractores a la presunción de inocencia y al deber de probar del ministerio público, cuando en realidad implantó la presunción de culpabilidad, que está operando eficiente y eficazmente. Esa presunción de culpabilidad funciona a partir del texto constitucional, precisamente de los artículos 16 y 19, en los que el constituyente permanente estableció que cuando exista la probabilidad de que el indiciado haya cometido un delito o participado en su comisión, se le aprehenda y se le imponga la prisión preventiva. En el mismo sentido se pronuncia el código modelo del proceso penal acusatorio, lo hace en sus artículos 186, apartado 1, base a, y 189, apartado 1, base I. Nótese que el Constituyente Permanente en realidad introdujo la presunción de culpabilidad, que el procesado debe desvirtuar con sus pruebas si no quiere resultar inevitablemente condenado, y que no es cierto, como

se nos quiere hacer creer, que se hayan incorporado al sistema procesal penal mexicano, la presunción de inocencia y el deber de probar del ministerio público.

11. **El juez carece de facultades para decretar o aportar pruebas.** Esta característica sí se encuentra en la reforma de 2008.
12. **No existe tarifa legal para la prueba.** En el nuevo proceso sí existe tarifa, fue impuesta por los constituyentes al juez para la admisión, la encontramos en los artículos 16 y 20 constitucionales.
13. **Ausencia de reglas para la valoración de las pruebas.** En el nuevo proceso el legislador impuso reglas al juez para su labor de justipreciación de las pruebas, las podemos ver en el artículo 16, párrafos del décimo primero al décimo séptimo; 20, fracciones II, III, IV, V y IX de la Constitución, donde impone al juez el deber de realizar la valoración de las pruebas de manera lógica, aunque antes dice que libre, libertad que se ve limitada por las reglas de la lógica y la experiencia, propias del sistema llamado de la sana crítica, que fue introducido con la reforma y precisado en el artículo 255 del Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación.⁸⁹
14. **Una más pronta intervención del acusado, con derecho a ejercitar su defensa.** Esto no se encuentra en el nuevo proceso, dado que en las primeras fases del proceso se le pueden ocultar actuaciones, registros, documentos, diligencias, el estado procesal, ocultamiento que va a mantenerse hasta que sea acusado, es decir, después de haberse consumado la investigación, la aprehensión, la vinculación a proceso y la imposición de la prisión preventiva, además de todas las diligencias que el ministerio público pueda llevar a cabo hasta el momento de la formal acusación.
15. **La institución de la parte civil o acusador particular.** Sí está en el nuevo proceso, aunque de manera incipiente y limitada a ciertos casos.
16. **La existencia de jurados compuestos por jueces populares transitorios e ignorantes de la ciencia del derecho.** Sí se encuentran en el nuevo proceso, es una tradición heredada del llamado viejo régimen, en el que no operó.

Del análisis anterior obtenemos que de las dieciséis características del proceso penal acusatorio que proporciona el estudio de Devis Echandía, en el nuevo proceso penal creado por la reforma de 2008, solamente se encuentran cuatro, otras cuatro están a medias y ocho definitivamente no se encuentran. Es claro que el nuevo proceso no encaja en el sistema acusatorio. Veamos si es inquisitorial.

g) Características del proceso penal inquisitorial

1. **Es para la rama penal.** Sí se encuentra en el nuevo proceso penal.

⁸⁹ Este código concretará la reforma constitucional, está inspirando a cada una de las treinta y dos entidades federativas, así como a la del ámbito federal, quienes tienen hasta el año 2016, para adecuar su respectiva legislación al sistema constitucional. En materia de valoración de la prueba el artículo 255 mejora la técnica de apreciación, veámoslo. “1. El tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los medios de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, a la luz de la sana crítica. 2. Debe justificar y fundamentar, adecuadamente, las razones por las cuales otorga a un medio de prueba, determinado valor y, con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos, motivar los elementos que le permiten arribar al juicio de certeza.”

2. **La investigación de los delitos es obra del Estado y de interés general, por constituir una ofensa social cuya persecución es oficio del ministerio público.** También se encuentra en el nuevo proceso.
3. **El proceso se inicia de oficio y el juez lo lleva oficiosamente hasta el final.** Se encuentra a medias, pues el proceso no se inicia de oficio, pero la prisión preventiva, que es un acto principal en el proceso penal, el juez la decreta de oficio, en los casos que expresamente señaló el constituyente y en los delitos graves que establezcan los Estados de la Federación.
4. **Los jueces son funcionarios permanentes que representan al Estado.** Sí se encuentra en la reforma.
5. **El proceso es escrito y después se implanta la oralidad.** Sí se encuentra.
6. **El proceso es secreto durante el período inicial o investigativo, con el fin de establecer al menos una prueba que dé verosimilitud a la acusación, lo cual constituye una garantía para la honra del procesado, pero por el mismo motivo éste no conoce inicialmente los cargos que se le formulan y las pruebas que se practican.** Sí se encuentra en el nuevo proceso penal. Contra lo que señala el admirado jurisprudente Devis Echandía, las actuaciones procesales secretas de ningún modo garantizan el honor del investigado o averiguado, son una de las más graves violaciones al debido proceso, pues imposibilita el ejercicio del derecho a la defensa y contradice el mismo esquema del proceso, en virtud de que tampoco puede haber contradicción.
7. **Existe un sistema legal de aceptación y valoración de pruebas, que después da paso a la discrecionalidad del juez para la valoración.** Sí se encuentra. Puede verse en los artículos 16, párrafos del décimo primero al décimo séptimo, y 20, fracciones II, III, IV, V y IX, de la Constitución; así como en el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, en los diversos 254 y 255, y en su Capítulo III, Secciones de la 3 a la 9.
8. **El juez puede aportar oficiosamente pruebas.** No se encuentra en el nuevo proceso.
9. **La carga de la prueba pesa sobre el juez; el procesado goza de una presunción de inocencia, hecho que constituye otra importante garantía para su libertad.** No se encuentra en el nuevo proceso, en virtud de la carga de la prueba recae en el procesado. La presunción de inocencia en el caso mexicano es una mentira, ya que, como se explicó en el apartado anterior, en realidad existe una presunción de culpabilidad. La institución que incorporó el constituyente, con el nombre de presunción de inocencia es un fraude en agravio de nuestra sociedad.
10. **Se generaliza el uso del tormento para obtener la confesión del procesado.** No existe legalmente.
11. **Aceptación de la prueba indiciaria.** Esta característica sí aparece en el nuevo proceso.
12. **Por lo general las partes no pueden disponer del proceso para terminarlo por desistimiento o transacción.** Existe a medias porque el derecho de disponer del procedimiento sólo se le entregó al acusador.

De las doce características que como propias del sistema inquisitorial señala Hernando Devis Echandía, pudimos ver que siete de ellas se encuentran en el nuevo proceso penal que implantó el constituyente permanente, dos están a medias y tres no se encuentran. De lo anterior podemos adelantar que el nuevo proceso penal coincide con

el modelo inquisitorio en más del 50% de sus características más lesivas para los derechos humanos.

R1. El proceso penal que introdujo el Constituyente Permanente el año 2008, no es acusatorio. Es mixto con mayor y radical carga inquisitorial que su antecesor.

La certeza de la respuesta anterior la confirmaremos a partir de un breve análisis al sistema acusatorio italiano, lo practicaremos con la guía de Ottavio Sferlazza, estudioso que nos informa que el nuevo proceso penal acusatorio italiano, se basa en tres principios fundamentales, a saber:

- 1) Principio de la separación de las funciones.
- 2) Principio de la separación neta de las fases procesales.
- 3) Principio de la simplificación del procedimiento.⁹⁰

El nuevo proceso penal mexicano no cumple con ninguno de esos tres principios, en virtud de que la reforma constitucional ha impuesto al juez la obligación de auxiliar al ministerio público en su función investigatoria, acusatoria y persecutora; concentró y confundió las fases procesales, y complicó el procedimiento, pues no es claro dónde termina una fase procesal y dónde inicia otra; ahora son varios jueces los que intervienen en el mismo proceso, pues hay juez instructor, juez resolutor, juez de control y juez de ejecución.

El juez de control, como precisaremos en el Capítulo V, tiene asignada la tarea de autorizar o “legitimar” las actuaciones del ministerio público que lesionen derechos humanos del investigado, de sesionar en secreto con el ministerio público para girar la orden de aprehensión, de colaborar con el ministerio público para que éste tenga éxito en su labor de investigador y acusador. En una palabra, el juez de control pondrá a disposición del ministerio público su investidura jurisdiccional para que las actividades del persecutor cuenten con la autorización judicial que exige el Derecho. El juez de control obstaculiza el acceso que se tenía hacia el Poder Judicial de la Federación, precisamente ante el Juez de Distrito en la materia de amparo, porque antes de acudir a la justicia federal, deben agotarse los recursos ordinarios, en este caso ante el juez de control, que, por formar parte del fuero común, regirse por las mismas leyes que el ministerio público y estar subordinado jerárquicamente al órgano titular del ministerio público, Gobernador del Estado o Jefe de Gobierno, carece de la independencia necesaria para frenar los abusos de autoridad que caracterizan a las procuradurías generales de justicia. Si al Poder Judicial Federal le costaba trabajo hacer cesar las violaciones a derechos humanos en materia penal, al juez de control le va a ser imposible, eso en caso de que quisiera cumplir las obligaciones que le imponen su función y el artículo 1 de la Constitución.

La unión del ministerio público y el juez, que ordena la Constitución, imposibilita, por sí sola, la existencia de un proceso acusatorio.

⁹⁰ Sferlazza, p. 66.

h) ¿El nuevo proceso penal se rige por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación?

Toca ahora verificar si el proceso que implantó el constituyente está regido por los principios de que hace alarde.

1. **Principio de publicidad.** No lo cumple el nuevo proceso penal. Basta tomar en cuenta lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 16, décimo cuarto párrafo; y 20, apartado B, fracción VI, segundo párrafo; así como el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, en sus artículos 187, apartados 1 y 2; 242, apartados 3 y 7; y 244, apartado 3; en el sentido de que la fase de investigación procesal será secreta y se le ocultarán al procesado las actuaciones, los registros, los documentos y la práctica de las diligencias que determine el ministerio público con la autorización del juez. Confidencialidad, reserva o secreto que se mantendrá hasta ya muy avanzado el proceso y sólo se hará público el proceso cuando el indiciado ya se encuentre preso, ya se le haya vinculado a proceso, ya se le haya acusado y, entonces sí, garantizado el éxito del ministerio público o la eficacia de su investigación, se le darán a conocer al indiciado las actuaciones, los registros, los documentos y las diligencias que se le ocultaron por decisión del acusador y con la autorización del juzgador. Se le mostrará el proceso que se mantuvo en secreto, para que en diez o veinte minutos ejerza su derecho de defensa. El juez, en audiencia privada con el ministerio público, resolverá lo que corresponda sobre la orden que el acusador le solicite para aprehender al indiciado. Sobra mencionar que esa audiencia privada también se mantiene oculta al indiciado. El juez no sólo autoriza la reserva de las actuaciones procesales, sino que también está obligado a guardar el secreto, pues así se lo ordena el artículo 242, apartado 7 del código modelo.
2. **Contradicción.** Como se expuso en el numeral inmediatamente anterior, son secretas las etapas más importantes del proceso: denuncia, investigación, aprehensión, prisión preventiva, vinculación a proceso y las demás actuaciones preliminares a la acusación, y ante el desconocimiento de las actuaciones, los registros, los documentos y la practica de otras diligencias de investigación que haya determinado el ministerio público, es imposible ejercer el derecho de contradicción, porque no puede contradecirse lo que se desconoce. Además, por la abismal diferencia material que existe entre el Estado y el reo, como se vio en los numerales 1 y 4 de las características del proceso penal acusatorio, no puede existir equilibrio procesal y, en consecuencia, un prisionero ordinario nunca contará con la capacidad que se requiere para realmente contradecir al Leviatán, que es el Estado, así que la contradicción en la materia penal resulta ser una ficción.
3. **Concentración.** Este principio no rige al nuevo proceso penal, debido a que en él se introdujeron las figuras de la oportunidad para ejercitar la acción penal y de la suspensión del proceso; instituciones jurídicas que dilatan, en lugar de concentrar, las fases procedimentales.
4. **Continuidad.** Tampoco rige al nuevo proceso, por las figuras procesales a que se aludió en el numeral inmediatamente anterior y por las razones que ahí mismo se expusieron.
5. **Inmediación.** Este principio tampoco rige el proceso creado por el constituyente, en razón de que se introdujo la figura del llamado juez de control,

órgano jurisdiccional que estará en contacto con los demás sujetos procesales, especialmente con el indiciado y con el acusador, durante todas las etapas previas a la audiencia de juicio, tales como las de investigación, aprehensión, declaración del indiciado, vinculación a proceso, acusación, admisión, preparación y depuración de los medios de prueba, hasta allí va a llegar, para dejar que otro juez, llamado del juicio oral, presida la audiencia de recepción y valoración de pruebas y resolución. El juez de control que es quien vino conociendo el caso, no será quien reciba las pruebas y resuelva, esto le corresponderá al juez de juicio oral, quien no tuvo con los justiciables el contacto que se requiere para valorar adecuadamente las pruebas y verdaderamente arribar al juicio de certeza. Con dos órganos jurisdiccionales: uno de control y otro de desahogo de pruebas y resolución, no se puede decir que la inmediación se encuentre presente en el nuevo proceso penal.

R2. Ninguno de los principios anunciados por la Constitución, en su artículo 20, rige su nuevo proceso penal.

i) ¿El nuevo proceso penal, creado por la reforma constitucional de 2008, es más garantista de los derechos humanos que su antecesor?

El artículo 16 constitucional dispuso que la autoridad judicial pueda decretar el arraigo de una persona y con él, los centros nacionales de arraigo, las casas de seguridad, las cárceles privadas, los secuestros oficiales; verdaderas amenazas de la libertad personal, expresamente prohibidas por los instrumentos jurídicos internacionales, ordenamientos que prohíben el arraigo, por considerarlo una medida privativa de libertad sin soporte jurídico alguno, razones por las que también ha sido rechazado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien lo encontró atentatorio de los derechos humanos de libertad personal, debido proceso y seguridad jurídica, además de inconstitucional. El constituyente creyó que esas violaciones se legitimarían si desde el texto constitucional autorizaba el arraigo y así lo hizo. Ahora sólo le falta incorporarlo a todos los instrumentos jurídicos internacionales que lo rechazan.

Ese mismo artículo 16 incorporó la figura del juez de control, órgano jurisdiccional que dará el aval judicial y autorizará los actos del ministerio público tendientes a restringir los derechos fundamentales de la persona, como son la libertad personal y el debido proceso, entre otros.

El llamado juez de control, porque se lo mandan la Constitución, el Código Modelo del Proceso Penal y el Código de Procedimientos Penales respectivo, porque es un órgano ordinario que pertenece a la misma autoridad que comete las violaciones, porque se encuentra regulado por la misma ley, ningún control puede ejercer sobre los actos violatorios de derechos humanos, sólo los convalidará; estorbará el trabajo del juez de amparo, quien se negará a admitir la demanda argumentando que antes deben agotarse los recursos ordinarios que la ley concede ante el juez de control. Ese juez de control será más fácilmente dominado por las procuradurías generales de justicia, que, como lo señala expresamente el Alto Comisionado, son las autoridades señaladas como responsables del mayor número de violaciones a los derechos humanos. El juez de control depende laboral y económicamente de la autoridad a la que debe controlar, el

Ejecutivo Estatal, cómo entonces podemos pensar que pueda llegar a funcionar efectivamente.⁹¹

En el artículo 18, último párrafo se legaliza la incomunicación de las personas detenidas y sentenciadas por delincuencia organizada.

El artículo 19 institucionaliza la presunción de culpabilidad y la hace prevalecer sobre la de inocencia, porque manda la prisión de quien no ha dejado de ser inocente. En su primer párrafo, justifica la retención o continuación de la detención de la persona con la sola presunción de que haya cometido un delito o haya participado en su comisión. Nótese que con la probabilidad de culpabilidad, anula la presunción de inocencia establecida en el artículo 20 constitucional, apartado B, fracción I. Anulación que se concreta cuando, a pesar de ser inocente la persona, va a perder su libertad si existe probabilidad de que haya cometido un delito o haya participado en su comisión.

Este artículo 19, en su segundo párrafo, pretende ocultar el hecho de que la prisión preventiva se aplica en por lo menos más del 90% de los procesos penales, al expresar “sólo” cuando otras medidas cautelares no sean suficientes, el ministerio público podrá solicitar la prisión preventiva. Los requisitos que exige para la concesión de la libertad provisional bajo caución, son materialmente imposibles de cubrir, porque requieren que el indiciado garantice la seguridad de la sociedad, el desarrollo del proceso, la aplicación del ministerio público, anhelos que no ha colmado ni siquiera el Gobierno.

La orden que da la Constitución al juez para que en forma oficiosa decrete la prisión preventiva, es propia de los regímenes más represivos en la historia de la humanidad; despoja al juez de su independencia, de su discrecionalidad, de su juicio y, lo que es peor, de su jurisdicción.

A partir de la reforma incorporada en el artículo 19, párrafos segundo y tercero, puede sujetarse a prisión preventiva a cualquier indiciado, incluso a quien sea señalado de haber participado en la comisión de un delito leve, que no merezca pena corporal, porque bastará que el ministerio público presente un argumento negativo, que estará relevado de acreditar, según las reglas de la carga de la prueba, en el sentido de que no existen otras medidas que garanticen “la comparecencia del imputado en el juicio (que además es responsabilidad del juez), el desarrollo de la investigación (que es responsabilidad del ministerio público), la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad (que es plena responsabilidad del Estado), para que el juez imponga la prisión preventiva. La prisión preventiva no es excepcional como lo afirmaron los constituyentes, es la regla única para más del 90% de los procesos penales, porcentaje que corresponde al número de delitos que merecen pena privativa de libertad. En cuanto al 10% que falta, el constituyente, en el tercer párrafo del numeral en comento, facultó a las legislaciones secundarias para que determinen los casos en los que el juez podrá revocar la libertad.

En conclusión, la prisión preventiva puede aplicarse al 100% de los procesos penales.

⁹¹ Este juez de control me hace pensar en el defensor o persona de confianza que debe asistir a quien comparece a declarar como indiciado en la averiguación previa, que llega a ser el policía de punto, el prestador de servicio social o algún empleado subordinado del ministerio público; así como en la diligencia de cateo, en la que se designan como testigos a dos de los policías que realizan la diligencia.

El artículo 20, apartado B, fracción VI, autoriza que al indiciado se le oculten los registros de la investigación hasta que sea detenido y esté a punto de comparecer ante el juez. Sólo después de que comparezca o lo comparezcan, cuando ya se encuentre detenido, le permitirán consultar los registros de la investigación o sean las actuaciones que en secreto y en su contra ha preparado el ministerio público y sus auxiliares, con la autorización y el compromiso de silencio por parte del órgano jurisdiccional. En ciertos casos, se le pueden seguir ocultando las actuaciones aun después de haber comparecido ante el juez, siempre, dice la Constitución, para garantizar el éxito del ministerio público o la eficacia de la investigación.

En la fracción IX, segundo párrafo, del artículo 20, se autoriza la prisión preventiva, es decir, penar al inocente, hasta por dos años.

El artículo 21, segundo párrafo, al depositar la acción penal en manos de los particulares, fomenta la venganza, las acusaciones falsas, la corrupción, el abuso de autoridad y el aumento de conflictos.

En el séptimo párrafo del mismo artículo 21, se quiebran la continuidad y la concentración del proceso, al incorporar el criterio de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, a discreción del ministerio público.

En el nuevo proceso se aumenta a 100% el número de casos en los que podrá aplicarse la prisión preventiva; se hace prevalecer la probabilidad de culpabilidad sobre la presunción de inocencia; se eleva a rango constitucional el arraigo; se incorpora la figura del juez de control que autorizará los actos del ministerio público que vulneren los derechos de la persona humana; se amplían las actuaciones que podrán llevarse a espaldas del indiciado; se obliga al juez a guardar reserva respecto de las actuaciones confidenciales; se fijan requisitos inalcanzables para la libertad provisional bajo caución; se niega al reo cualquier posibilidad de contradecir los argumentos del ministerio público y desvirtuar sus pruebas; se imposibilita el ejercicio del derecho de defensa; se niega al procesado toda posibilidad de actuar como auténtica parte, ya que se le ocultan actuaciones, registros, documentos, diligencias, que se le muestran después de que se le detiene, después de que se vincula a proceso, minutos antes de ser acusado; hasta entonces se le hace pública la investigación y todo su contenido; el secreto lo mantienen el ministerio público y el juez, y lo revelan al indiciado sólo unos minutos antes de que conteste la acusación, esto es inadmisibles.

El nuevo proceso penal ha deshecho la idea misma del proceso. Para convencerse basta recordar dos de las teorías del proceso más importantes que existen, a saber: la alemana⁹² y la mexicana⁹³, a la primera corresponde la concepción del proceso como relación jurídica,⁹⁴ en ella participan tres sujetos: el juez, el accionante y el

⁹² Goldschmidt, James. Derecho Procesal Civil, editado por Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Ciudad de México, 2003.

⁹³ Briseño Sierra, Humberto. Derecho Procesal (Teoría General del Proceso), Editorial Harla, Ciudad de México, 1995.

⁹⁴ Goldschmidt en su Derecho Procesal Civil, pp. 7-10, afirma: "Puesto que el Derecho procesal civil es derecho justiciable, debe participar también de los caracteres del Derecho público, siguiendo el punto de vista usual en las construcciones jurídicas. En esta participación ha encontrado fundamento la teoría dominante según la cual el proceso civil es una relación jurídica pública (relación jurídica procesal), como estiman en primer término OSKAR BÜLOW y, muy especialmente KOHLER. Admitido esto, hay

excepcionante, estos dos últimos, con igualdad de fuerzas, entablan un pleito equilibrado, equitativo, que cualquiera de los dos puede ganar después de transitar y agotar las etapas de exposición, demostración, alegación y resolución. Por el secreto procesal, la confusión de roles entre juez y acusador, la prisión preventiva, la enorme desigualdad que existe entre Estado y reo, y la imposibilidad de que el indiciado participe eficientemente en el proceso, entre otras cosas, es claro que en el nuevo proceso penal mexicano no existe realmente la relación esencial del concepto procesal alemán, pues, como quedó asentado, la Constitución ha legalizado la unión del juez y el ministerio público, el Estado es, formal y materialmente, juez y parte, han dejado de existir los tres sujetos: un juez y dos partes, indispensables para la idea de proceso, y en su lugar hay un ente público integrado por dos órganos del Estado que investigan, detienen y retienen a un sujeto a quien han condenado de antemano. Esta nueva concepción de los trámites penales, anula también la idea de proceso que sostenía el procesalista mexicano Humberto Briseño Sierra, especialista que definía al proceso como una serie de actos proyectivos,⁹⁵ es decir, el actuar del accionante hacia el juez, a fin de que éste hiciera llegar su pretensión a la parte contraria o reaccionante, quien asumiría una posición, casi siempre contradictoria frente al pedimento del accionante primigenio. El juez, operador de las diversas proyecciones, y resolutor de la controversia, debe ser ajeno a las partes, es decir, imparcial, para que tengan lugar, efectivamente, las diversas proyecciones y el auténtico juicio. Las nuevas funciones que se le han encargado al juez criminal excluyen, en su función, toda posibilidad de imparcialidad. En el nuevo proceso penal el reo se encuentra imposibilitado para contradecir los argumentos del ministerio público, así como para desvirtuar los medios de prueba que los sostienen, no cuenta con capacidad para reaccionar, según se ha visto, y mucho menos para accionar y provocar la reacción del agente acusador. Ha desaparecido la posibilidad de que el indiciado proyecte realmente su actuación a fin de provocar la reacción de su acusador.

El proceso creado por el constituyente permanente en 2008, ni siquiera es un auténtico proceso.

Ha dejado de existir el concepto mismo de proceso penal en nuestro país.

Las reformas que se hicieron a la Constitución Mexicana en 2008, lesionan gravemente los derechos humanos. El gobernado será privado de su bien más preciado: la libertad, en cuanto la parte acusadora lo señale como autor de cualquier conducta delictiva, sin importar los hechos en que consista.

El Constituyente Permanente de 2008, actúa con descuido. Reconoce textualmente la presunción de inocencia del indiciado, declara que la prisión preventiva se aplicará

quienes suponen que el proceso civil es una relación jurídica establecida exclusivamente entre los litigantes y el Tribunal (así especialmente HELLOWIG); otros estiman que es una relación trilateral entre demandante, demandado y Tribunal (teoría dominante), y, finalmente llega a indicarse que esta relación jurídica existe sólo entre las partes litigantes (así, particularmente KOHLER).

⁹⁵ Briseño, en su Derecho Procesal, p. 748, concluye: También se puede y debe agregar que de la definición: serie de actos proyectivos, se deriva el sentido de eficacia del proceso, frente al significado de eficiencia del derecho sustantivo. Así es, porque en lo procesal, el resultado es cierto y fijo, propio del instar y del acto jurisdiccional, mientras que la eficiencia es el producto buscado, que sólo se obtiene si hay base, justificación de fondo, prueba de la existencia de la relación material... Un proceso es la serie de actos proyectivos en lo civil, lo mismo que en lo penal, en lo laboral que en lo administrativo, etcétera.”

excepcionalmente, establece que el proceso penal será acusatorio y que respetará los derechos humanos. ¡Nada más falso! Sólo nos distrae ¿Por qué? Porque en realidad aumenta la lista de conductas delictivas a las que se aplicará la prisión preventiva, que será el 100% de las acusaciones; porque obliga al juez a decretar oficiosamente la prisión preventiva, en los casos que enuncia y en todos aquellos que determinen las legislaturas de las Entidades Federativas; porque deja a la discreción del inquisidor, del policía, del acusador, la decisión de que se prive a la persona de su libertad sin previo juicio, objetivo que conseguirá con sólo solicitarlo a un simulado órgano jurisdiccional, en virtud de que el proceso, la víctima, los testigos, la comunidad, la nación, nunca van a estar seguros y no porque la libertad provisional bajo caución del indiciado los amenace, sino por la incapacidad del Estado de brindarles seguridad, deficiencia de las instituciones por la que se pretende responsabilizar al indiciado y que siempre servirá para motivar la solicitud y la procedencia de la prisión preventiva.

El párrafo tercero del artículo 19 constitucional otorga la facultad a las legislaturas estatales de ampliar la lista de conductas a las que se aplicará la prisión preventiva, si el 18, en su primer párrafo y el 19, en su segundo párrafo, ya dispusieron que para todas las que merezcan pena privativa de libertad, sólo quedan las conductas que no merezcan pena privativa de libertad.

En México la prisión preventiva no es la excepción, es la regla única.

Las reformas constitucionales vienen a empeorar la situación nacional en cuanto a los problemas que ya teníamos de injusticia, corrupción, gasto público, sobrepoblación carcelaria, violación de derechos humanos, en agravio de las personas más pobres, incertidumbre y temor jurídicos, inseguridad. Mandan a la cárcel a más inocentes. En noviembre de 2010, el 43% de los presos en México eran inocentes que esperaban la decisión judicial que ratificara su inocencia o los declarara culpables. Si tomamos en cuenta que tenemos una sobrepoblación carcelaria de 32% y el 40% de todos los presos del país están prisioneros por delitos menores y al erario público las prisiones le cuestan \$ 32,000'000,000.00 (treinta y dos mil millones de pesos) al año y se estima que en el interior de las cárceles, por extorsión, tráfico de drogas y alcohol, prostitución, venta de espacios, protección, entrada, circulación, visitas conyugales, constancias de buena conducta, pases de lista y otras actividades clandestinas, se paga una cantidad equivalente al 25% de ese gasto público, es decir, \$ 8,000'000,000.00 (ocho mil millones de pesos) tenemos que la cárcel nos costaba, en diciembre de 2010, la cantidad de \$ 40,000'000,000.00 (cuarenta mil millones de pesos) cada año, sin que esta multimillonaria suma cubra la alimentación de los presos, pues a ellos los alimenta su respectiva familia, quien debe trabajar en el exterior para llevarle a su preso la comida, los medicamentos, los artículos personales y los demás satisfactores básicos. La alimentación de los reclusos en el 78% de los casos la proporciona directamente su familia.⁹⁶

Estos problemas se agudizarán con las reformas constitucionales que envían al 100% de los indiciados a prisión preventiva y al 95% de ellos a prisión definitiva,⁹⁷ por la condena que les impuso el acusador, el policía, el militar, el marino... y que legitimó el juez.

⁹⁶ CIDE. Estudios sobre la Población Carcelaria en México, 2000-2010.

⁹⁷ Ib.

Si el 43% de los presos lo están por prisión preventiva, tenemos que ese solo rubro nos cuesta 17,200'000,000.00 (diecisiete mil doscientos millones de pesos) cada año.

La mayor parte de esos recursos públicos y privados deben mejor invertirse en educación y creación de empleos, eso sí reduce la criminalidad, no las cárceles que sólo han servido para encerrar pobres y producir criminales y millonarios.

El Constituyente Permanente, en las reformas de 2008, reconoce las antinomias que existen entre la libertad que consagra el artículo 14 constitucional y cuya privación prohíbe si antes no se ha llevado un juicio que demuestre la responsabilidad del indiciado, y la prisión preventiva que priva de la libertad a la persona antes de que siquiera inicie un juicio ordenada e impuesta por los artículos 18 y 19 constitucionales, y afirma que dicha incompatibilidad es insalvable.⁹⁸

Contra la afirmación de los legisladores constituyentes, consideramos que esas antinomias sí son salvables y tienen solución, de aquí en adelante intentaremos demostrarlo, al efecto nos apoyaremos en los modelos interpretativos que para resolver antinomias normativas desarrolla Norberto Bobbio en su Teoría General del Derecho.⁹⁹ En el capítulo VIII de esta tesis, presentaremos las soluciones que ofrece el litigio ante los tribunales nacionales e internacionales.

j) Las antinomias constitucionales

Como vimos líneas arriba, para que un cuerpo, orden o sistema jurídico sea consistente, es necesario que las normas que lo integran guarden compatibilidad unas con otras, es decir, no deben contradecirse. Si la norma A del ordenamiento U prohíbe la conducta X, y la norma B de ese mismo ordenamiento impone la conducta X, esas normas son incompatibles entre sí y provocan la inconsistencia del ordenamiento U.

La Constitución Mexicana, como ordenamiento jurídico, es inconsistente, en virtud de que al regular la prisión preventiva a través de los artículos 14, 18 y 19, incurre en una grave incongruencia, debido a que mientras su artículo 14 prohíbe la prisión preventiva, sus artículos 18 y 19 la ordenan. Veamos cómo es eso.

k) El artículo 14 constitucional prohíbe la prisión preventiva

El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prohíbe la prisión preventiva, al establecer que nadie puede ser privado de la libertad si no es después de haber sido juzgado por los tribunales y haberse cumplido las formalidades esenciales del procedimiento. Aunque la constitución no precisa cuáles son esas formalidades, es la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación y la doctrina quienes coinciden en señalar que son los derechos a ser informado de la existencia de un juicio en contra, a ser escuchado en el mismo, a ofrecer y desahogar pruebas, a formular alegatos y a ser juzgado de acuerdo con las reglas de la lógica y de la experiencia, entre otros, que permitan concluir que el Estado ha garantizado los derechos de defensa y seguridad jurídica.

⁹⁸ Dictamen de las Comisiones Unidas. Cámara de Diputados, 10 de diciembre de 2007.

⁹⁹ Bobbio. op. cit. Capítulos II y III.

Del 14 constitucional invocado tenemos que nadie puede ser privado de la libertad si tal privación no es decretada en una sentencia que concluya un procedimiento al que se haya llamado oportunamente al procesado, se le haya informado de los hechos que le imputan, se le haya dado oportunidad de contestarlos, de aportar pruebas, de alegar y, sobre todo, se le haya juzgado de acuerdo con las reglas de la lógica y la experiencia. Nótese que el artículo 14 constitucional no admite excepciones a su prohibición, es terminante.

D) Los artículos 18 y 19 constitucionales ordenan la prisión preventiva

El artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos impone la prisión preventiva a los delitos que merezcan pena privativa de libertad.

Esto quiere decir que puede privarse de libertad a quien se señale como autor de un delito que merezca pena privativa de libertad. Esa privación no es después de haber sido juzgado, tampoco fue decretada en una sentencia, al indiciado no se le dio oportunidad para defenderse, no fue oído, tampoco pudo ofrecer pruebas ni alegar, y es imposible que haya sido juzgado de acuerdo con las reglas de la lógica y de la experiencia. ¿Por qué? Porque todos esos derechos tienen lugar en el juicio que exige el artículo 14 constitucional, y en el caso de la prisión preventiva no existe juicio, ni siquiera ha iniciado, siendo por eso que tampoco pudo haberse llevado a cabo cumpliendo las formalidades esenciales del procedimiento.

El artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos impone la prisión preventiva, que oficiosamente debe decretar el juez cuando el indiciado sea señalado como autor de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas o 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; asimismo impone la prisión preventiva para cualquier conducta delictiva por leve que sea, bastando que el ministerio público la solicite y diga al juez que no hay otras medidas cautelares suficientes para garantizar la comparecencia del indiciado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el indiciado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Estas últimas disposiciones constituyen una seria amenaza contra la seguridad de cualquier persona, ya no sólo contra las personas señaladas como autoras de delitos graves, en virtud de que sólo se requiere la solicitud del ministerio público y su expresión de que no hay otras medidas cautelares suficientes, para que el juez ordene la reclusión del inocente por lo menos durante la tramitación del procedimiento.

Antes de las reformas constitucionales de 2008, la prisión preventiva era ordenada en forma general por el artículo 18 para los delitos que merecieran pena privativa de libertad, mientras que el artículo 20 la mandaba en tres supuestos:

- a. Cuando se tratara de delitos en que, por su gravedad, la ley prohibiera decretar la libertad caucional.

- b. Para los casos de delitos no graves, a solicitud del ministerio público cuando el indiciado hubiera sido condenado con anterioridad, por algún delito grave, según la ley.
- c. Cuando el ministerio público aportara elementos al juez para establecer que la libertad del indiciado representaba, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

Hoy, gracias a la reforma de 2008, realizada al artículo 19 constitucional, la prisión preventiva se aplica a todos los casos, veámoslo.

Artículo 19, habrá prisión preventiva:

- a. En los casos de delitos no graves, cuando la solicite el ministerio público y exprese al juez que no hay otras medidas suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.
- b. En los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como en delitos graves que determine la ley secundaria cometidos en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. En los supuestos de este inciso el juez decretará oficiosamente la prisión preventiva.
- c. En los casos en que la ley secundaria determine que el juez puede revocar la libertad provisional.

Ya no se requiere que el indiciado haya sido condenado en el proceso anterior, ahora sólo se requiere, para negarle la libertad caucional y aplicarle la prisión preventiva, en cualquier caso de delito no grave, que el indiciado haya sido anteriormente juzgado y sentenciado por un delito doloso, aunque en ese proceso anterior se le haya absuelto. Tampoco se exige que el delito anterior haya sido doloso y grave, ahora basta con que haya sido doloso, es decir, no culposos.

El constituyente de 2008 aumentó los supuestos en que se aplicará la detención provisional, le ordena al juez decretarla oficiosamente en el caso de los delitos que precisa, entre los que incluye nuevos tipos delictivos: los cometidos con medios violentos como armas y explosivos.

El Constituyente Permanente deja en manos del ministerio público la suerte de su enemigo: el reo. Será el acusador, no el juez, quien decida si al indiciado se le manda a prisión mientras se le juzga o se le permite enfrentar el juicio en libertad caucionada. Esta situación, además de violentar las reglas básicas del procedimiento, entre ellas las que disponen que no se puede ser juez y parte, que la jurisdicción la ejerce el juez, que el proceso ha de ser contradictorio, equitativo, etcétera; va a empeorar nuestro sistema de procuración y de administración de justicia, pues si tomamos en cuenta que el ministerio público es una de las instituciones públicas más corruptas del país y que lo que está en juego es la libertad personal, bien o derecho que se puede perder, en el mejor de los casos, por un tiempo igual a la pena o durante dos años, mientras que se investiga y se decide si se ratifica la inocencia o se declara la culpabilidad, tenemos que

deducir que van a ser grandes sumas de dinero las que exigirá el ministerio público para no solicitar al juez que ratifique la prisión preventiva que desde la consignación, se ha decretado.

Los dos términos engañosos que utiliza el constituyente en los artículos 18¹⁰⁰ y 19¹⁰¹ para hacernos creer que está disponiendo que la prisión preventiva sea la excepción en nuestro sistema penal, no logran su cometido, en virtud de que, como quedó demostrado, con las reformas se ampliaron los casos en que habrá de aplicarse la detención preventiva, además de que, como puede verse en los anexos 1 y 2 de esta investigación, la prisión preventiva se aplica en el 93% de las conductas que previene y sanciona el Código Penal Federal y en el 95% de las que prevé y castiga el Código Penal para el Distrito Federal.¹⁰²

El Constituyente Permanente sólo simuló cumplir las obligaciones que México adquirió al ratificar el Pacto de los Derechos Políticos y Sociales y la Convención Americana de Derechos Humanos, de legislar para que la prisión preventiva fuera la excepción en nuestro sistema penal. Sobra decir que el Gobierno Federal Mexicano viola flagrantemente ambos instrumentos jurídicos internacionales, así mismo, deja de cumplir las recomendaciones que sobre el particular se le han hecho desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las órdenes que se le han dado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al ministerio público le basta con negar que hayan medidas cautelares que garanticen suficientemente la comparecencia del indiciado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad (bienes que ni siquiera el Estado más poderoso del mundo puede garantizar), para motivar procedentemente su solicitud de prisión preventiva. El acusador nada tiene que probar, en virtud de que es evidente que cualquier medida será insuficiente para garantizar esos bienes, por lo tanto, su petición está concedida de antemano, además de que el argumento que esgrima será negativo: “no hay otras medidas cautelares suficientes...” y así estará relevado de demostrar el hecho, acogiéndose a las reglas generales de la prueba en materia penal que establecen que tiene el deber de probar quien afirma, que el que niega no debe probar, salvo que su negativa envuelva una afirmación, que no es el presente caso. Un sector importante de la doctrina especializada, así como de los mismos legisladores, y casi toda nuestra sociedad cree que las reformas constitucionales de 2008, han dejado atrás el abuso de autoridad, la corrupción, la impunidad, la inseguridad, la injusticia, por el hecho de que el Constituyente declaró que el proceso penal mexicano será acusatorio, que tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos y la protección del inocente, que en él se reconoce la presunción de inocencia, que el ministerio público sólo podrá solicitar la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes, desgraciadamente esas esperanzas son vanas. El proceso penal mexicano es más inquisitorial que antes de las reformas, la justicia penal se dejó en manos del acusador, el proceso penal mexicano hoy muestra más crudamente su objeto: castigar a los grupos más débiles de la sociedad, a la gente crítica e incómoda para el Gobierno y para el progreso, neutralizarlos mientras los elimina, nada importa que sean inocentes, todos aquellos que elija el acusador irán a prisión, el 95% de ellos serán condenados por el juez, estamos en guerra, no es nuestra causa pero debemos

¹⁰⁰ “Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva.”

¹⁰¹ “El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas...”

¹⁰² Anexos 1 y 2.

ayudar al país más poderoso del mundo para que no lleguen hasta él las drogas ni los migrantes, a cambio seguiremos recibiendo traiciones, discriminación y premios que estimulen al persecutor. La misma institución que recibió la medalla al mérito otorgada por el Gobierno Estadounidense, fue encontrada por las Naciones Unidas responsable de la mayor cantidad de las violaciones que en México se cometen contra los derechos humanos. Ambos reconocimientos se hicieron el mes de marzo de 2011.

El artículo 14 prohíbe terminantemente que alguna persona sea privada de la libertad si es que tal privación no es decretada por una sentencia que concluya un procedimiento judicial en el que se hayan cumplido las formalidades esenciales. No guarda reserva alguna y tampoco deja margen para restricciones o suspensiones.

Los artículos 18 y 19 ordenan que alguien sea privado de la libertad sin que siquiera exista un juicio y menos aun formalidades procedimentales esenciales.

Parece que los artículos 18 y 19 constitucionales son incompatibles con el 14, incompatibilidad que provocaría la inconsistencia de la constitución. Cerciorémonos.

m) Demostración de las antinomias constitucionales a partir del modelo de Norberto Bobbio

Con la ayuda del modelo que al efecto elaboró Norberto Bobbio y que presenta en su Teoría General del Derecho,¹⁰³ veremos si las aparentes antinomias constitucionales se confirman.

El profesor italiano asegura que el Derecho no puede definirse a partir del concepto de norma porque es muy limitado, debe partir de la idea de conjunto de normas, es decir, de ordenamiento jurídico dotado de coherencia lógica y compatibilidad de sus normas. Rechaza la contradicción o incompatibilidad normativa. El ordenamiento jurídico, por ser sistemático, no admite entes contrarios. Todas sus normas se derivan de ciertos principios generales. Reúne la información proveniente de la experiencia y de acuerdo con las semejanzas forma conceptos cada vez más generales. Un ordenamiento jurídico, dice Bobbio, “constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles. Si en un ordenamiento existieren dos normas incompatibles, una de las dos, o ambas, deben ser eliminadas.”¹⁰⁴ La eliminación de las normas es indispensable para que el ordenamiento jurídico subsista.

La situación en que se encuentran las normas incompatibles se denomina antinomia y el Derecho siempre la ha evitado pues produce incertidumbre, inseguridad, desconfianza, inconsistencia e injusticia. La antinomia normativa tiene lugar cuando dos normas de un mismo ordenamiento jurídico no pueden ser aplicadas al mismo tiempo.

Es incompatible la relación entre O no (prohibido) y O (obligatorio)

En el anterior enunciado O no representa la prohibición, que surge de O = obligatorio, seguido de no = negación, de donde tenemos O no = obligatorio no = prohibido.

¹⁰³ Bobbio. op. cit. Capítulo III Coherencia del Ordenamiento Jurídico, pp. 180-212.

¹⁰⁴ Ib. p. 186.

O = obligatorio.

Para que dos normas sean antinómicas, además de 1. Excluirse mutuamente, deben 2. Pertener al mismo ordenamiento y 3. Tener el mismo ámbito de validez.¹⁰⁵

1. Dos normas se excluyen mutuamente cuando de aplicarse una de ellas resulta imposible que se aplique la otra.
2. Pertenecen al mismo ordenamiento si se encuentran en el mismo sistema, marco o universo jurídico, de una región, de un país, de una entidad federativa o municipal, o si aparecen en una constitución, un código, un reglamento.
3. Tienen el mismo ámbito de validez si a) están vigentes en un mismo intervalo temporal, b) son aplicables en el mismo espacio territorial, c) Son dirigidas a las mismas personas, y d) regulan la misma materia.

Una vez que han sido identificadas las antinomias deben ser solucionadas ¿Cómo? Bobbio propone hacerlo por medio de cuatro criterios principalmente.

Criterio cronológico. El momento en que las normas entraron en vigor será el elemento determinante. La norma más reciente derogará a la más antigua, porque se considera que la última creación del legislador es más completa y actualizada. La norma posterior es mejor que la anterior y por ello debe prevalecer.

Criterio jerárquico. Si las normas incompatibles pertenecen al mismo ordenamiento, digamos al marco jurídico mexicano, pero a leyes diversas y una de esas leyes es federal y la otra estatal, la norma superior, que en este ejemplo es la federal, derogará a la norma estatal, por cuestión de jerarquía.

Criterio de especialidad. Por éste la norma especial deroga a la general, por considerarse que la especial es una medida más directa al problema y a la gente para la que fue creada y cuenta con elementos más adecuados para la atención de las cuestiones particulares que la norma general.

Criterio de justicia. De las normas incompatibles prevalecerá la que proteja el interés que cuente con más méritos para ser tutelado. Bobbio advierte que este criterio, de justicia o de ley permisiva favorable, no es generalmente aludido ni aceptado por la comunidad jurídica, al parecer se equivoca pues este criterio es conocido como *pro homine* o a favor de la persona y en 1987, cuando Norberto Bobbio prologó su Teoría General del Derecho, ya era expresamente regulado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 5 y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 29; instrumentos que fueron promulgados en 1966 y 1969, respectivamente.

n) Síntesis

Ha quedado demostrado que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es inconsistente, contiene normas incompatibles. Circunstancia que es doblemente inadmisibles, primero porque se trata de nuestra ley fundamental y de ella se

¹⁰⁵ Bobbio. op. cit. pp. 191-194.

deriva todo el sistema jurídico mexicano, y segundo porque afecta uno de los derechos humanos con mayor valor axiológico, la libertad personal.

Las incompatibilidades normativas constitucionales, han sido reconocidas por el Poder Judicial de la Federación y por el Poder Constituyente Permanente, el primero ha intentado solucionarlas,¹⁰⁶ el segundo se declaró incapaz de hacerlo, con resignación las declaró insalvables. Las antinomias tienen solución, la podemos encontrar en la estructura argumentativa, en el texto de la ley y en la práctica diaria, estas tres maneras de enfrentar las antinomias y solucionarlas las desarrollaremos en los Capítulos VI, VII y VIII.

¹⁰⁶ La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, como aparece en su respectiva producción jurisprudencial que se cita en esta investigación, han tratado de solucionar las antinomias constitucionales en estudio, para ello se han valido del principio *pro homine*, de diferenciar la prisión preventiva de la punitiva, de identificar una con otra y justificar a la primera por los fines que persigue o como excepción al principio de seguridad jurídica; todo ha sido en vano.

Capítulo III

La Prisión Preventiva y los Derechos Humanos¹⁰⁷

a) Presentación

Analizaremos el tema de los derechos humanos, con especial atención en los de libertad, debido proceso y presunción de inocencia, los tres en estrecha relación con la prisión preventiva. Partiremos del tratamiento que les da la doctrina especializada, muy particularmente los estudiosos mexicanos Hugo Saúl Ramírez García y Pedro de Jesús Pallares Yabur¹⁰⁸, así como los tratadistas españoles coordinados por José Justo Megías Quirós¹⁰⁹; los más importantes instrumentos jurídicos: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y otros. Analizaremos, también, la jurisprudencia que han emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional de Perú y el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Es pertinente mencionar que los instrumentos jurídicos internacionales, aparentemente aceptados por la reforma de junio de 2011, en realidad ya eran aplicables en los ámbitos jurídicos nacionales, aun antes de esa reforma, sin embargo, hoy cobran singular importancia si tomamos en cuenta que la reforma constitucional establece expresamente la obligación de nuestras autoridades, sobre todo las judiciales, de acatar los mandamientos y los derechos humanos que estén contenidos en los tratados y demás cuerpos jurídicos internacionales ratificados por nuestro país. Entre las primeras cosas que debemos hacer se encuentra la tarea de armonizar la incompatibilidad normativa que existe entre la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues mientras esta última dispone que la prisión preventiva ha de ser una medida que se aplique excepcionalmente, nuestra Constitución dispone que se aplique en todos los casos. Esa situación enfrenta entre sí a dos normas, la suprema nacional y la suprema internacional regional, parece que debe prevalecer la Convención porque así lo ordena el principio *pro persona*, contenido en ambos ordenamientos. Pero de eso hablaremos más adelante.

b) Los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación

Los derechos humanos son las condiciones mínimas que necesita el ser humano para vivir como tal. Unas corrientes, entre ellas la iusnaturalista, los asignan por el sólo hecho de ser persona;¹¹⁰ otras, como la *iuspositivista*, exigen que sean reconocidos por órganos competentes.¹¹¹ Son llamados humanos porque surgen o corresponden a la

¹⁰⁷ Para este Capítulo aproveché, muy particularmente, las enseñanzas que en el Seminario de Derechos Humanos de la Universidad Panamericana, impartió el Dr. Hugo Saúl Ramírez García, plasmados posteriormente en el libro que en coautoría con el Mtro. Pedro de Jesús Pallares Yabur, publicó en Editorial Oxford, bajo el título Derechos Humanos.

¹⁰⁸ Derechos Humanos, Editorial Oxford University Press, Ciudad de México, 2011.

¹⁰⁹ Manual de Derechos Humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI; Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

¹¹⁰ Hervada, Javier. Introducción crítica al Derecho Natural, tercera reimpresión de la 3ª edición, Editorial Minos, México, 1999, p. 89.

¹¹¹ Kelsen. op. cit. Capítulo V, Dinámica jurídica.

propia naturaleza de los seres humanos, sin tomar en cuenta su nacionalidad, su profesión, o cualquier otro título similar. Hugo Ramírez y Pedro Pallares exponen las diversas posiciones que explican la razón del por qué humanos, que van, dicen, desde la intención de distinguirlos de los deberes hacia otros grupos de seres vivientes; poner énfasis en que son indispensables para la propia existencia de la humanidad; insistir en que están más allá de un eventual reconocimiento por el derecho positivo; propiciar sus atributos y contenido; hasta vincularlos a la antropología y a las situaciones vitales del ser humano.¹¹² Manuel J. Rodríguez Puerto, agrega: Históricamente, los llamados derechos del hombre recibieron ese nombre porque eran derechos surgidos de la propia naturaleza humana, con independencia de los estatus, situaciones y circunstancias concretas de cada persona.¹¹³

En cuanto a su fundamento, los investigadores Ramírez y Pallares parece que lo encuentran en la dignidad humana, al efecto precisan: En definitiva, el fundamento de los derechos humanos que se asienta en la dignidad de la persona hace énfasis en la forma peculiar de ser que corresponde a los individuos de la especie humana, sobre todo el hecho de que ellos mismos son el principio de su dinamismo existencial, por lo que deben ser tratados como fines en sí. Este deber se concreta en la no obstaculización y promoción del disfrute de determinados bienes, exigibles como derechos humanos, y en cuya ausencia la vida de los hombres sería inhumana.¹¹⁴ Por su parte, Megías Quirós y Ángela Aparisi, después de exponer las más representativas teorías sobre la fundamentación de los derechos humanos, expresan su preocupación por encontrar un fundamento sólido de los derechos humanos, que, afirman, facilitará su exigibilidad.¹¹⁵ En cuanto a esta posición de Megías Quirós, considero que puede seguir buscándose y consolidándose ese anhelado fundamento, y, mientras lo conseguimos, los derechos humanos bien pueden exigirse con lo que se tiene hasta ahora, así también parece pensar el Dr. Virgilio Ruiz Rodríguez, quien afirma: Señalamos antes que si queremos saber qué es el derecho tendremos que llegar a una definición del mismo, ya que el papel de la definición es decirnos lo que algo es, y no simplemente si es o no es. Desde nuestro punto de vista, por el momento, diremos que hablar de la génesis del derecho no representa mayor problema, pues todo hombre coincidirá en que es una necesidad de la propia naturaleza humana.¹¹⁶

Tienen la misma estructura que las obligaciones, a saber: un acreedor, la persona humana, un deudor: el Estado, y una prestación: los derechos civiles y políticos (primera generación);¹¹⁷ los derechos económicos, sociales y culturales (segunda generación),¹¹⁸ y la solidaridad, individual y colectiva (tercera generación).¹¹⁹ Los derechos humanos civiles y políticos fueron acuñados por los teólogos católicos y los juristas romanos, a partir de la concepción del ser humano como individuo aislado, libre

¹¹² Ramírez y Pallares. op. cit. pp. 31-34.

¹¹³ Rodríguez Puerto; en Megías Quirós, coordinador, op. cit. p. 25.

¹¹⁴ Ramírez y Pallares. op. cit. p. 55.

¹¹⁵ Megías y Ángela Aparisi. op. cit. Fundamento y justificación de los derechos humanos, Diversas teorías justificadoras; Persona y dignidad ontológica; pp. 163-205.

¹¹⁶ Ruiz Rodríguez, Virgilio. Filosofía del derecho, editado por Instituto Electoral del Estado de México, 1ª reimpresión, Ciudad de México, 2010, p. 37.

¹¹⁷ Carpintero, Francisco. Los derechos humanos de primera generación, en Megías coordinador, op. cit. pp. 98-101.

¹¹⁸ Fernández, María Encarnación. Los derechos económicos, sociales y culturales, en Megías, coordinador, op. cit. pp. 103-105.

¹¹⁹ Vidal, Ernesto. Los derechos de tercera generación, en Megías, coordinador, op. cit. 121-135.

y autónomo. La libertad del individuo es la característica que no sólo ha permanecido en la evolución del tema sino que se ha fortalecido en los últimos años. Pues se afirma que en principio los hombres nacen libres, libertad que sólo puede restringirse en casos excepcionales y por actos voluntarios de su titular.¹²⁰ Por ejemplo, cuando se contraen obligaciones o se cometen delitos, y aun en estas situaciones el derecho establece condiciones, en el ámbito laboral nadie puede obligarse a laborar más tiempo del señalado como jornada máxima, y en el caso de la prisión punitiva, ésta tendrá lugar si se ha actualizado su presupuesto legal, mientras que la prisión preventiva sólo tendrá lugar mediante juicio en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento o del debido proceso. El hombre y la mujer, como personas, son originalmente y ante todo libres.

Ramírez y Pallares conciben a los derechos humanos como una relación jurídica, en la que identifican los siguientes elementos:

- a) Los sujetos o personas físicas o morales cuyo estatus jurídico se encuentra directamente involucrado uno respecto del otro.
- b) El objeto, que hace referencia a aquel sector de la realidad social inmersa por la relación, concretada en intereses y bienes.
- c) El contenido o conjunto de derechos y deberes que se reparten entre los sujetos activos y pasivos.¹²¹

También proporcionan y explican los rasgos esenciales de los derechos humanos, que hacen consistir en:

- a) Universalidad
- b) Inviolabilidad
- c) Imprescriptibilidad
- d) Inalienabilidad
- e) Irreversibilidad y
- f) Progresividad.¹²²

Los derechos civiles y políticos son libertades exclusivas o prerrogativas del individuo que excluyen a todos los demás de sus actos y decisiones, surgen tras la caída del viejo régimen y del triunfo de las revoluciones norteamericana (1775-1783) y francesa (1789-1799). Su valor referencial, como ya se dijo, es la libertad.

Los derechos económicos, sociales y culturales se incorporaron como segunda generación, para proteger ya no al individuo, sino a los grupos sociales de asalariados, indígenas, campesinos. Su valor de referencia es la igualdad. Surgen en el Pacto Internacional aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor en 1976.

Los derechos de tercera generación tienen como valor referencial la solidaridad, individual y colectiva hacia todos los que se encuentren en condición de necesitarla, por ejemplo, los migrantes, los ancianos, los niños, las generaciones futuras, los enfermos. Surgen en los años 1980.

¹²⁰ Talavera, Pedro. Historia de los Derechos Humanos, en Megías, coordinador, op. cit. pp. 57-75.

¹²¹ Ramírez y Pallares. op. cit. pp. 75-77.

¹²² Ib. pp. 57-73.

Los especialistas mexicanos, Ramírez y Pallares, son terminantes al dejar claro que el objeto de los derechos humanos es la persona en cuanto tal. Puntualizan: En consecuencia, el objeto de los derechos humanos será todo aquello que manifieste, proteja y permita realizar la vocación a la dignidad de la persona, en el contexto de sus relaciones interpersonales e históricas.¹²³

c) La reforma constitucional en materia de derechos humanos, vigente a partir del 11 de junio de 2011¹²⁴

El día 8 de marzo de 2011, el Senado de la República aprobó diversas reformas a la Constitución en materia de derechos humanos, al Título Primero le dio una nueva denominación y lo dividió en Derechos y Garantías¹²⁵. El concepto individuo fue sustituido por el de persona, a los derechos humanos reconocidos por el texto de la constitución se sumaron los derechos contenidos en los tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, es decir, se aceptaron como propios los derechos humanos que se encuentran en tratados reconocidos por México, aunque no se hayan incorporado a los instrumentos jurídicos nacionales; se prohibieron la discriminación y la marginación por preferencias sexuales o por cualquier otro motivo que atente contra la dignidad humana, se modificaron las reglas para la obtención de asilo por persecución política y refugio por razones humanitarias; se dispuso la enunciación de los derechos humanos en el eje de la educación, el sistema penitenciario y la política exterior, se concedió audiencia a los extranjeros a quienes se pretenda expulsar del territorio nacional; se ordenó el fortalecimiento de los organismos públicos de derechos humanos, transfiriendo a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de investigar violaciones graves a los derechos humanos; se mandó el mejoramiento del sistema de control abstracto de la constitucionalidad; las autoridades, ordenó la Constitución, están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, según los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; se estableció un ámbito más estricto para la figura del estado de excepción, no podrán suspenderse los derechos humanos de reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad de la persona, al nombre, a la protección de la familia y la prohibición de la pena de muerte. En las antinomias normativas que no puedan resolverse con los criterios de jerarquía, tiempo y especialidad, deberá prevalecer la norma que favorezca la protección más amplia de la persona, esto último quiere decir que se reconoció expresamente el principio *pro homine*. Es este principio *pro* persona el que hoy más nos interesa y que analizaremos con mayor detalle por ser un elemento clave en el tema de las antinomias normativas, que consisten precisamente en la incompatibilidad de dos o más preceptos pertenecientes al mismo ordenamiento, incongruencia o contradicción que debe resolverse para que el sistema jurídico sea consistente, al efecto se han establecido diversos criterios, uno de ellos ordena que prevalezca la norma o el precepto jurídico que más favorezca a la persona o que le sea menos perjudicial, disposiciones que aprovecharemos en el Capítulo VI de esta investigación para resolver el problema de las diversas antinomias que existen en nuestra Constitución.

¹²³ Ib. p. 93.

¹²⁴ Tema que se amplía gracias a la oportuna, atinada y amable sugerencia de la investigadora Dra. Dora María Sierra Madero.

¹²⁵ Fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de junio de 2011.

Con la reforma al artículo 1, advierte la Mtra. Sandra Salcedo González, los derechos humanos y sus garantías no podrán restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece; de ser así, se tendrá que seguir el mismo procedimiento de control que ante un decreto de suspensión o restricción. También se incluye el principio de “interpretación conforme” que manda, al interpretar la Constitución, acudir a las normas de derechos humanos consagradas en los tratados internacionales en la materia ratificados por el Estado mexicano... Se establece la obligación de las autoridades, aclara la especialista, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, obligación que deben cumplir, observando cuatro principios básicos de los derechos humanos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.¹²⁶

El artículo 1, segundo párrafo de la Constitución: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, refuerza la hipótesis de que la prisión preventiva debe ser abolida, que demostraremos a lo largo de esta investigación. Por ahora podemos adelantar que la situación de la persona detenida es regulada, sustancialmente, por cuatro figuras jurídicas, a saber: la prohibición de castigar sin condena (Art. 14, segundo párrafo; Const.) y la presunción de inocencia (Art. 20, apartado B, fracción I; Const.), por un lado; la orden de castigar sin condena (Arts. 18, primer párrafo y 19, párrafos segundo y tercero; Consts.) y la presunción de culpabilidad (Art. 19, primer párrafo; Const.), por el otro. Las dos primeras prohíben que a una persona se le prive de su libertad si antes no se le ha condenado mediante sentencia firme. Las dos últimas ordenan que la persona sea privada de su libertad antes de ser condenada y aun antes de que sea juzgada. Ambos grupos normativos pertenecen al mismo ordenamiento jurídico, en este caso a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Si se acata el mandato del artículo 1, invocado, se está obligado a interpretar y aplicar las normas anteriores, en la forma que proteja más ampliamente a la persona, esto es, que le brinde seguridad, certeza jurídica, respeto a sus derechos humanos; entonces, no cabe la menor duda que las normas aplicables a la persona detenida son las que prohíben que sea privada de su libertad si antes no ha sido condenada mediante sentencia firme que concluya un procedimiento en el que se le haya respetado su derecho a debido proceso.

De lo anterior se sigue que la prisión preventiva está prohibida por nuestro sistema jurídico y debe ser abolida.

d) El principio *pro homine*

El principio *pro homine* o *pro persona*, manda aplicar la norma más benéfica a la persona cuando se trate de reconocerle derechos y la norma menos perjudicial cuando se trate de restringírselos. Este principio se encuentra expresamente reconocido en los más importantes instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, en nuestra constitución y en la jurisprudencia nacional e internacional.

¹²⁶ Salcedo González, Sandra. Reforma Constitucional de Derechos Humanos: La Facultad de Investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Tesis para obtener el Grado de Maestra en Derechos Humanos, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, 2011, pp.16-17.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 29, prohíbe restringir los derechos que a la persona concede ese pacto internacional, mientras que sus diversos 31 y 77, autorizan la ampliación de esos derechos. Los derechos otorgados por la convención a la persona son los mínimos con que debe contar, ya no pueden disminuirse y sí, por el contrario pueden ampliarse. Aquí tenemos el principio *pro homine* en forma expresa, no se presume, tampoco se deduce, se encuentra textualmente ordenado.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 5 prohíbe restringir los derechos que a la persona concede ese instrumento, y en su artículo 14, apartado 3, autoriza que, en materia penal, se agreguen, a favor de la persona, garantías adicionales a las que él ya otorgó.

El principio *in dubio pro reo*, al establecer que la duda habrá de resolverse en la forma más favorable para el reo, es una modalidad del principio *pro homine*.

Cuando los principios son los que entran en conflicto, lo único que Bobbio, según su dicho,¹²⁷ tiene claro es que el criterio cronológico sucumbirá ante los criterios jerárquico y especial. Si los que se tensan son el criterio jerárquico y el criterio de especialidad, se deja al intérprete: juez o jurista, la responsabilidad de optar por alguno de los principios, lo mismo ocurre cuando la incompatibilidad de las normas no puede resolverse. En ambos casos, de conformidad con el conocimiento y las reglas jurídicas, será la discrecionalidad del intérprete la que decida la cuestión.

¿Por qué es necesario solucionar las antinomias normativas?

Porque todo ordenamiento jurídico presupone una regla de coherencia. No puede ser de otro modo. Quien pretende reglamentar coactivamente la conducta humana no puede mostrar contradicciones en su discurso, si prohíbe la realización de un acto, no puede, al mismo tiempo, obligar a la realización de ese acto. En cualquier actividad organizada es indispensable la coherencia, sobre todo en el Derecho.

Bobbio enfatiza que las normas contradictorias o incompatibles violan dos exigencias fundamentales de los ordenamientos jurídicos: a) la certeza, que corresponde a los valores de paz y de orden, sin mucho problema puede agregarse el de seguridad, y b) la justicia, que corresponde al valor de igualdad. Si el ordenamiento jurídico contiene normas antinómicas no garantiza la certeza, pues al desconocer si lo que pensamos llevar a cabo está prohibido u ordenado, lo menos que puede ocurrirnos es la parálisis y lo peor es que en vez de una recompensa recibamos un castigo o viceversa. Norberto Bobbio ya maneja el principio *pro homine*, sólo que lo designa criterio de forma de la norma. Sobre el particular advierte que cuando de dos normas antinómicas, una es favorable y la otra adversa, los antiguos tratadistas mandan aplicar la favorable. Esto dice, no es problema, basta identificar y diferenciar la ley permisiva de la prohibitiva, para que prevalezca la primera, “el verdadero problema ante el cual se encuentra el intérprete, no es el de hacer valer la norma permisiva sobre la imperativa,, sino el de establecer a cuál de los dos sujetos de la relación jurídica es más justo proteger, esto es,

¹²⁷ Op. cit. pp. 206-209.

cuál de los dos intereses en conflicto es justo hacer prevalecer.”¹²⁸ Sobre este criterio de justicia o supremacía volveremos en el Capítulo VI.

e) Instrumentos jurídicos internacionales pertinentes

Es oportuno advertir que la inmensa mayoría de los instrumentos jurídicos y casi toda la doctrina especializada en derechos humanos consideran al debido proceso como derecho humano, sin embargo, me parece que a la doctrina minoritaria, que considera al debido proceso como la garantía de todos los derechos,¹²⁹ incluidos los humanos,¹³⁰ le asiste la razón, por lo menos ya se la dio el Constituyente Mexicano en su reforma de 2011.

Veamos a la prisión preventiva en los principales instrumentos jurídicos de derechos humanos, descubriremos que, a excepción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, todos ellos autorizan la medida, en un primer momento condicionan su aprobación al requisito de que la detención preventiva se encuentre legislada en los países en que se aplicaría, en un segundo momento exigen que sea justificada y no arbitraria, en un tercer período, que es el que como contemporaneidad nos corresponde, y después de reconocer que los Estados, entre ellos el mexicano,¹³¹ han abusado de la detención provisional y la han convertido en la regla casi única, se autoriza la prisión preventiva, con las condiciones de que sea excepcional, proporcional a la necesidad y justificada por las evidencias probatorias.¹³²

La Jurisprudencia penal internacional emitida por La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, que, de conformidad con los artículos 1, 17, segundo párrafo, y 133 de nuestra constitución, resulta de aplicación obligada en México, es la fuente de derecho que más condiciones y limitaciones ha fijado para la prisión preventiva, esto se debe a que los tribunales, tanto internacionales como nacionales, hacen las veces de laboratorios jurídicos y a partir de los litigios que procesan, del análisis de los hechos que ante ellos se vierten, de las pruebas que en su instrucción se ofrecen, se preparan se desahogan y se valoran; pueden darse cuenta si los sujetos jurídicos cumplen o no el derecho vigente. Por la posición y

¹²⁸ Bobbio. op. cit. pp. 200-201.

¹²⁹ Salcedo González, Sandra, asesorada por Silvia Sánchez González. El Proceso y los Derechos Humanos, Universidad Autónoma Metropolitana, Licenciatura en Derecho, Trabajo Terminal, México, 2005.

¹³⁰ González Volio, Lorena. El debido proceso: garantía fundamental de todos los derechos humanos y requisito esencial del Estado de Derecho, el caso López Álvarez vs. Honduras, artículo publicado en el libro Análisis de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, editado por la Universidad Iberoamericana, bajo la coordinación de Juan Carlos Arjona Estévez y María José Veramendi Villa, México, 2008, pp. 235-248.

¹³¹ Según el CIDE y la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en noviembre de 2010, el sistema carcelario mexicano tenía privadas de su libertad a 229,000 personas, de las cuales 98,470, estaban por prisión preventiva, es decir el 43% de los prisioneros lo eran por la regla que debía ser excepcional. Informe de 2010 sobre la Población Carcelaria en México.

¹³² El Congreso de la Unión: Cámara de Diputados y Cámara de Senadores, simularon acatar los instrumentos y las recomendaciones que desde los ámbitos nacional e internacional se les hicieron y reformaron la Constitución, específicamente los artículos 18, 19 y 20, hicieron diversas proclamas de progreso legislativo, jurídico, social, democrático, etcétera, etcétera, y solo recrudescieron el autoritarismo gubernamental y además dispusieron que la prisión preventiva sea la única medida que se aplique en el proceso penal, cuando se les exigía que fuera la excepción. Esto se demostró en el Capítulo II de la presente investigación.

función de los tribunales es más confiable la verdad que ellos presentan sobre la práctica y cumplimiento del Derecho, y por ello hemos recurrido a la jurisprudencia internacional para mejorar la exposición y el desarrollo de este punto.

f) La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

En su artículo 3 dispone que **todo individuo tiene derecho a la libertad**, en el 7 previene que **todos son inocentes ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley**. En el 8 señala que **toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales** reconocidos por la Constitución o por la ley. En el 9 establece que **nadie podrá ser arbitrariamente detenido ni apresado**. En el 10 previene que **toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal imparcial e independiente, para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal**. En el artículo 11 dispone que **toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa**.

En esta declaración, que vio la luz después de la segunda guerra mundial, se encuentran consagrados los principales derechos, garantías y principios que van a proteger a la persona contra los actos abusivos de la autoridad en materia penal. Así tenemos que reconoce el derecho de todo individuo a la libertad, de la que no puede ser privado arbitrariamente. Declara la inocencia de todos ante la ley y la presunción de inocencia de toda persona acusada de delito, así como la obligación del Estado de asegurar todas las garantías que necesite el indiciado para ejercer su defensa.

Para que pueda considerarse justa y no arbitraria la detención, este instrumento establece que debe ser el resultado de un procedimiento en que se aseguren todas las garantías que necesite el indiciado para ejercer su derecho de defensa.

Prohíbe la prisión preventiva, al disponer que todos son inocentes ante la ley, que nadie puede ser arbitrariamente detenido ni apresado, que toda persona tiene derecho a ser oída con justicia cuando sea acusada en materia penal y deben asegurársele todas las garantías para su defensa.

La detención preventiva lo primero que desconoce es la presunción de inocencia de la persona.

Las leyes, sean constituciones, tratados o cualquier otra clase de ordenamiento legal, que autoricen la prisión preventiva, están violando el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que claramente establece que todos son inocentes ante la ley. La Constitución Mexicana, al imponer la prisión preventiva mediante sus artículos 18 y 19, para todos los acusados en materia penal, está actuando completamente al contrario de lo que ordena la Declaración que se comenta y además nos hace a todos culpables ante la ley.

La prisión preventiva siempre es arbitraria debido a que priva a la persona de su libertad sin que exista una resolución judicial que concluya un juicio por el que se

destruya la inocencia del procesado ante la ley y en el juicio, y lo declare culpable. La detención preventiva es anterior a la expresión del indiciado, a su ofrecimiento y aportación de pruebas, a la formulación de sus conclusiones, por ello es que lo priva de su derecho a ser oído en justicia, así como de todas las garantías del debido proceso que para su defensa le concede la declaración en análisis.

La prisión preventiva irá apareciendo en los subsecuentes documentos, siempre como una especie de complemento a su prohibición. La secuencia será siempre la misma: primero el determinado ordenamiento reconoce el derecho de la persona a la libertad y prohíbe que de ella sea privada si antes no ha sido vencida en juicio en el que haya perdido la presunción de inocencia y se le hayan brindado las garantías necesarias para su defensa, entre ellas las de información, oportunidad, espacio, atención, seguridad, racionalidad, etcétera; después autoriza la prisión preventiva, es decir, permite que la persona sea privada de su libertad sin juicio y sin que haya perdido la presunción de inocencia, con la condición de que sea en la forma establecida por la Constitución o las leyes del país de que se trate, cuando hemos visto que la Declaración Universal de Derechos Humanos prohíbe crear leyes que desconozcan la inocencia de cualquiera. Los últimos ordenamientos internacionales de derechos humanos, con la experiencia de que los Estados han abusado de la prisión preventiva, empiezan a limitarla, prohíben que sea arbitraria y exigen que su aplicación sea excepcional y proporcional al riesgo de que el indiciado se sustraiga al procedimiento, de que amenace la seguridad de la víctima del delito, a la gravedad del hecho imputado y al grado de convicción de las pruebas que, al momento de decretarse la detención provisional, existan.

g) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

En su artículo I declara el **derecho de todo ser humano a la libertad**. En el artículo XXV **prohíbe que alguien sea privado de su libertad si no es en los casos y según las formas establecidas por las leyes preexistentes**. Aquí mismo dispone que **todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la detención**. En el artículo XXVI establece la **presunción de inocencia de todo acusado, hasta que se pruebe que es culpable**.

En este instrumento podemos ver lo que se anunciaba en el apartado anterior. Reconoce el derecho de la persona a ser libre y a que se presuma su inocencia siempre que sea acusada y no obstante la vigencia de tales derechos, autoriza la privación de los mismos sin que antes la persona haya sido oída o vencida en juicio, con la condición de que tal privación se lleve a cabo en los casos y con las formas establecidas por las leyes preexistentes a los hechos. Estas antinomias normativas las vamos a encontrar en todas las constituciones del mundo y en todos los instrumentos jurídicos internacionales que se refieren a la materia penal sustantiva y procesal. Es un problema general. Por un lado no puede desconocerse el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia de toda persona, derechos humanos de los que no puede ser privada sino en los casos extremos y con todas las oportunidades para ejercer el derecho de defensa, seguridades que sólo puede brindar un juicio en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, y por otro lado está la necesidad de protegerse de los individuos que están lesionando los bienes fundamentales de los otros miembros de la comunidad humana, debe segregárseles inmediatamente, para ello se utiliza la prisión preventiva,

medida extrema que debe usarse racional y proporcionalmente, nunca como regla general y mucho menos con abuso. Los Gobiernos han sido incapaces de resolver esa incompatibilidad entre derecho y necesidad. Nosotros, en los capítulos VI, VII y VIII presentaremos propuestas de solución.

h) El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950)

En el artículo 5 apartados 1 y 3, establece que **nadie puede ser privado preventivamente de su libertad salvo para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente y siempre que existan indicios racionales de que ha cometido una infracción, entonces, tendrá derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento.** La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio. En el artículo 6, apartado 1, previene que **toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable,** por un tribunal independiente e imparcial, que decidirá sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. En el apartado 2 establece que **toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.** En el 3 dispone que **todo acusado tiene como mínimo los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí o por abogado particular o de oficio; d) a interrogar a los testigos; e) a ser asistido de un intérprete.**

También este ordenamiento jurídico reconoce el derecho de toda persona a ser libre. Autoriza la privación de ese derecho siempre que sea para hacer comparecer al detenido ante la autoridad judicial. Exige además en las actuaciones de privación la racionalidad y pruebas convincentes de los hechos y de la necesidad de la medida. El permiso que concede para la prisión preventiva lo condiciona a la racionalidad, a la lógica, al uso de la inteligencia. Es de los primeros ordenamientos escritos que exigen que la actuación judicial responda y se ajuste a las regla de la razón. La autoridad que ordene la detención preventiva debe acatar y cumplir las condiciones y además debe tener en cuenta que uno de los bienes más preciados de la persona es su libertad, si de ella se le va a privar, debe ser para preservar bienes de mayor valor, por el tiempo estrictamente indispensable y siempre que no exista alternativa que permita salvaguardar todos los derechos. La autoridad que ordene o consienta la prisión preventiva, de acuerdo con lo estipulado por el ordenamiento internacional en análisis, está obligada a asegurarse de la justificación de tan extrema medida, debe analizar los elementos probatorios con que se cuenta y de ellos debe obtener el convencimiento de que tal detención preventiva es indispensable. Sin que esto lo excuse de esas obligaciones, debemos reconocer que para un juez siempre es más complicado decretar la prisión preventiva que dictar una sentencia condenatoria, la detención preventiva debe dictarla a veces inmediatamente, como en los casos de flagrancia, *cuasiflagrancia*, arraigo y urgencia, y, en el mejor de los escenarios, en el plazo de setenta y dos horas, teniendo a su disposición sólo las pruebas que el acusador ha preparado en la averiguación previa y en remotas ocasiones las que escasamente le proporcione el indiciado en esas mismas setenta y dos horas. Va a desvirtuar la presunción de inocencia con que cuenta el indiciado, le va a aplicar una

de las sanciones más drásticas que en derecho existen, lo va a hacer en un momento en que desconoce si los hechos que se le imputan son ciertos y si justifican la privación.

Al decidir aplicar la prisión preventiva el juez debe satisfacer las exigencias de la racionalidad que su función conlleva y que este Convenio le hace patentes. De ninguna manera actúa racionalmente la mayoría de los jueces mexicanos que, al decretar la prisión preventiva, se abstienen de realizar un análisis racional de las constancias y sólo se limitan a reproducir los argumentos, los estudios y las conclusiones a las que llegó el ministerio público en su pliego de consignación y una transcripción a veces literal de ellos la usa como las consideraciones, pruebas y hechos que fundamentan su decisión de ordenar la prisión preventiva del indiciado.

La condición racional también se impone para el plazo en que habrá de dictarse la sentencia.

Es de destacar el hecho de que el Convenio que se comenta establece la libertad provisional. Si el juez decreta la prisión preventiva, ésta debe reunir los requisitos apuntados, si no, entonces la detención será arbitraria y carecerá de la autorización que para ella otorga el Convenio. Si no se decreta la prisión preventiva, el indiciado enfrentará su proceso en libertad provisional bajo caución, proceso en el que debe ser oído equitativamente, no en condiciones de igualdad con el gigante procesal que es el inquisidor, la desigualdad procesal de la materia penal se alivia un poco con la institución jurídica de la equidad que ordena este instrumento.

Otro acierto del Convenio consiste en que no se conforma con exigir racionalidad en las actuaciones de la autoridad, sobre todo de la autoridad judicial, sino que menciona algunas de las formalidades que deben garantizarse para que el indiciado realmente pueda ejercer su derecho de defensa, se refiere a la información oportuna, a las condiciones de tiempo, espacio, tranquilidad, salud, que permitan preparar la defensa y defender la libertad futura que se encuentra en serio riesgo.

i) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

En el artículo 9, apartado 1, establece que **todo individuo tiene derecho a la libertad. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.** En el párrafo 3 previene que **toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.** En el artículo 14, párrafo 2, dispone que **toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.** En el párrafo 3 establece que **durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:**

- a) **A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;**

- b) **A disponer del tiempo y de las medidas adecuadas para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;**
- c) **A ser juzgada sin dilaciones indebidas;**
- d) **A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;**
- e) **A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;**
- f) **A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;**
- g) **A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.**

Se reconoce el derecho de toda persona a la libertad, se prohíben las detenciones y las prisiones arbitrarias, aunque no se precisa en qué casos serán arbitrarias. Al efecto sigue operando el criterio de la racionalidad establecido por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos líneas arriba analizado. Se autoriza la prisión preventiva y se le condiciona a las causas fijadas por la ley y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.

Prohíbe la prisión preventiva como regla general. Manda que el indiciado enfrente su proceso en libertad subordinada a garantías que aseguren su comparecencia en el proceso y, en su caso, en el cumplimiento del fallo. Nótese que entre esas garantías no incluye la seguridad de la víctima del delito ni excluye para la libertad provisional los delitos graves.

Regresa al concepto de igualdad procesal de las partes, olvida el de equidad. Relaciona las garantías mínimas del procesado de manera muy similar a como lo hace el convenio antes estudiado.

j) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)

En el artículo 7, párrafo 1, dispone que **toda persona tiene derecho a la libertad**, en el párrafo 2, establece que **nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas**. En el párrafo 3, establece que **nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios**. En el párrafo 5 dispone que **toda persona detenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio**. En el párrafo 6 establece que **toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales**. En el artículo 8, apartado 1, establece que **toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o**

tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella. En el párrafo 2, dispone que 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) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;**
- b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;**
- c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;**
- d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;**
- e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;**
- f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;**
- g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y**
- h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.**

La Convención reconoce el derecho de toda persona a la libertad. Autoriza el uso de la prisión preventiva en un solo caso, para garantizar la comparecencia del indiciado en el juicio. Prohíbe la detención y el encarcelamiento arbitrarios. Instituye la libertad provisional bajo garantías que aseguren la comparecencia del indiciado al juicio. Es el instrumento jurídico internacional más avanzado en cuanto a garantizar las garantías procesales de la persona en la materia penal. Relaciona garantías mínimas para el procesado entre las que incorpora su derecho a impugnar las decisiones administrativas y judiciales abusivas, conseguir que sean revocadas y ordenen su libertad en caso de que hubiera sido privado de ella en forma arbitraria.

México guarda una estrecha relación con este instrumento, debido a que es uno de los países miembros más poderosos, destacados juristas mexicanos han desempeñado importantes cargos en la Comisión y en la Corte, organismos que se encargan de procesar las quejas por violaciones a la Convención. El Gobierno mexicano en varias ocasiones ha sido juzgado y condenado por haber violado derechos humanos. Hechos los anteriores que aumentan nuestra extrañeza al ver que la convención sólo autoriza la prisión preventiva cuando de no aplicarse pudiera arriesgarse la comparecencia del indiciado al juicio, mientras nuestra constitución autoriza la aplicación de la prisión preventiva en todos los casos en que la solicite el acusador y tenga por objeto garantizar la comparecencia del indiciado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos, de la comunidad, o cuando

el indiciado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Además la constitución obliga al juez a decretar oficiosamente la prisión preventiva en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como en todos los otros casos que las legislaturas estatales señalen como graves contra la seguridad de la nación, del libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Por si lo anterior fuera poco, nuestra constitución autoriza a las legislaturas de los estados a determinar otros casos en los que el juez pueda revocar la libertad a quien en un primer momento no hubiera apresado.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la prisión preventiva como única regla en los juicios penales en los que se procese alguna conducta que merezca pena privativa de libertad, que son casi todas las conductas delictivas del sistema jurídico mexicano.

En clara violación a la Declaración Universal de Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la prisión preventiva para todos los casos penales.

k) La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981)

En el artículo 6 dispone que **todo individuo tendrá derecho a la libertad y a la seguridad de su persona. Nadie puede ser privado de su libertad más que por razones y condiciones previamente establecidas por la ley. En especial, nadie puede ser arrestado o detenido arbitrariamente.** En el artículo 7, párrafo 1, establece que **todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica:**

- a) Derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes;**
- b) El derecho a ser considerado inocente hasta que un tribunal competente demuestre lo contrario.**
- c) El derecho a la defensa, incluido el derecho a ser defendido por un abogado de su elección;**
- d) El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable por un tribunal imparcial.**

Reconoce el derecho de toda persona a ser libre. Libertad de la que puede ser privada por las razones y condiciones establecidas por la ley. Autoriza la prisión preventiva siempre que no sea arbitraria, sin proporcionar mayores elementos que nos pudieran ayudar a diferenciar una detención justa de otra arbitraria. Señala una serie de garantías mínimas que incluyen la presunción de inocencia, el derecho de defensa o debido proceso y la garantía de plazo breve.

I) Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³³

Respecto a la prisión preventiva, este tribunal, en la jurisprudencia que ha producido en su función jurisdiccional, ha identificado y rechazado detenciones que aparentemente se habían realizado conforme a la ley, pero que en un análisis más cuidadoso revelaron falta de razón y carencia de proporcionalidad.¹³⁴ Los Estados que forman parte de la Convención, entre los que se encuentra México, dice la Corte, han abusado de la prisión preventiva, aprovechan que está prevista en sus respectivas legislaciones y con interpretaciones muy amplias y no siempre correctas de la institución, llevan a cabo detenciones y arrestos en forma generalizada que en la mayoría de las veces no requieren de tan extrema medida.

La jurisprudencia de la Corte no distingue entre la detención efectuada por orden judicial y la que se realiza en flagrancia, en ambos casos exige que se informe al detenido las razones y los motivos de la detención, porque sólo así le posibilita el adecuado ejercicio del derecho de defensa.¹³⁵ En cuanto al debido proceso, la Corte ha emitido diversos criterios jurisprudenciales, veámoslos.

Al interpretar el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte ha considerado que dicho artículo en realidad menciona los requisitos mínimos que deben observarse en las instancias procesales para que puedan ser auténticas garantías judiciales.¹³⁶ “La interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho sobre el artículo 8, siempre bajo los parámetros de una interpretación *pro homine*,¹³⁷ ha sido que el ámbito de protección no se limita al ámbito estrictamente judicial, sino que el valor protegido por dicho precepto es la justicia, que se realiza a través del debido proceso¹³⁸ legal, incluyendo todo proceso disciplinario.”¹³⁹

La Corte considera que en acatamiento a la garantía del debido proceso, los Estados Partes deben facilitar todos los medios necesarios para proteger a los operadores de justicia, investigadores, testigos y familiares de las víctimas de hostigamientos y amenazas que lleven la finalidad de entorpecer el proceso, evitar el esclarecimiento de los hechos y encubrir a los responsables de los mismos.¹⁴⁰ Para la figura del plazo razonable, la Corte recurrió a diversos criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, y consideró que para determinar la razonabilidad del plazo, deben considerarse tres elementos: la complejidad del asunto, la actividad procesal del indiciado y la conducta de las autoridades judiciales.¹⁴¹

La Corte, en su jurisprudencia, ha establecido que la prisión preventiva, en su carácter de medida cautelar, debe estar acotada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en toda sociedad

¹³³ González Volio, Lorena. op.cit.

¹³⁴ Criterio jurisprudencial visible en Serie C Nos. 137, párrafo 105; 135, párrafo 215, y 129, párrafo 57.

¹³⁵ López Álvarez, Alfredo, caso. Consideraciones relativas a su detención.

¹³⁶ Opinión Consultiva (oc-9/87). Octubre 6/1987, párrafo 27.

¹³⁷ Serie C No. 93, párrafo 173.

¹³⁸ Serie C No. 72, párrafo 129.

¹³⁹ González Volio, Lorena. op. cit. pp. 241.

¹⁴⁰ Serie C No. 101, párrafo 199.

¹⁴¹ Serie C Nos. 137, párrafo 166; 129, párrafo 105, y 118, párrafo 67.

democrática.¹⁴² Por ser la prisión preventiva la medida más severa que puede imponerse al indiciado, la Corte ha determinado que ha de aplicarse excepcionalmente.¹⁴³ La regla debe ser siempre la libertad del indiciado mientras se resuelve sobre su responsabilidad criminal.

En relación con lo anterior tenemos, dice la investigadora González Volio, que la legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La prisión preventiva requiere ir acompañada de proporcionalidad entre ella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no existe tal proporcionalidad, la prisión preventiva será arbitraria. La restricción de la libertad del detenido no puede ir más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que el indiciado no impida el desarrollo eficiente de las indagatorias ni eluda la acción de la justicia.¹⁴⁴

Las características del supuesto autor y la gravedad del delito no son justificación suficiente para la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva.¹⁴⁵ Cuando durante un período excesivamente prolongado, se priva de libertad a personas cuya responsabilidad penal no ha sido establecida, se viola la Convención Americana de Derechos Humanos, porque eso equivale a anticipar la pena.¹⁴⁶ Las condiciones que hacen admisible a la prisión preventiva, según González Volio, son la necesidad de preservar el procedimiento judicial y la seguridad de quienes en él intervienen.¹⁴⁷ No estamos de acuerdo con esta investigadora, pensamos que el procedimiento judicial bien se puede preservar con otras medidas menos perjudiciales para la persona y más efectivas, por ejemplo el empleo del indiciado, sus bienes materiales, las fianzas y cauciones, el compromiso familiar, la palabra, entre otras. En todo caso no es la libertad de la persona inocente la que debe garantizar el desarrollo del proceso, eso es responsabilidad del Estado, específicamente del Poder Judicial, son ellos los que deben buscar y proponer medidas que garanticen el avance procesal.

El procedimiento judicial es un pleito entre sujetos iguales ante un órgano imparcial. A cada uno de los contrincantes se le ha de dar oportunidad de expresarse, de buscar, proponer y aportar pruebas, de alegar, de defender sus respectivas posiciones y pretender los objetivos que a su derecho correspondan. Esa es básicamente la naturaleza del procedimiento judicial, más exactamente llamado procedimiento jurisdiccional. Quién puede afirmar que la prisión preventiva preserva al procedimiento judicial, creo que nadie. Por el contrario, la prisión preventiva elimina, destruye, anula, extingue al procedimiento judicial, en virtud de que el acusador está libre y el indiciado preso. Esa diferencia es suficiente para desnaturalizar y amenazar los cimientos del proceso judicial, la prisión impide al reo buscar sus pruebas, porque no las va a encontrar en el presidio. La prisión debilita a los reclusos, no comen, no duermen, no tienen las condiciones que les permitan reflexionar para plantear sus argumentos defensivos, cuentan con un defensor que en el 70% de los casos es de oficio, pertenece al Estado, y en más del 95% de los casos pierde, no porque su contraparte haya tenido razón, sino porque no ofreció pruebas, no ofreció las adecuadas, no las concluyó, no tuvo el

¹⁴² Serie C No. 137, párrafo 106.

¹⁴³ Serie C No.135, párrafo 196.

¹⁴⁴ Serie C No. 137, párrafo 198.

¹⁴⁵ Serie C No. 137, párrafo 106.

¹⁴⁶ López Álvarez, Alfredo, caso. Párrafos 62 y 63.

¹⁴⁷ Op. cit. p. 245.

carácter que hacía falta para enfrentar al inquisidor; la defensoría de oficio pierde por todo menos por el hecho de que los reos sean realmente responsables. El Gobierno mexicano ha recibido varias recomendaciones de los organismos nacionales e internacionales para que corrija el corrupto y deficiente sistema nacional de defensores de oficio. No es fácil, piensa el Gobierno, cómo voy a preparar abogados que defiendan a quienes yo mismo acuso. He creado un gigante procesal penal: el ministerio público, que se encarga de perseguir y acusar a los indiciados, caería en contradicción si ahora creara otro gigante para que los defendiera.

La práctica ha demostrado que no basta que la prisión preventiva se encuentre autorizada por la Constitución o las leyes de un país y que en ellas se establezca su procedimiento para que la medida sea procedente. Es indispensable dicen la Corte Americana de Derechos Humanos y un importante sector de la doctrina, que esa prisión preventiva conlleve la característica de proporcionalidad, entre ella, los medios de convicción que demuestren su necesidad y la gravedad de los hechos que se investigan. Otro sector doctrinario no menos importante, sostiene que la razón de ser de la prisión preventiva tiene su origen en sólo la necesidad de garantizar el adecuado desarrollo del proceso. Otros más creen que protege la seguridad de la víctima del delito. Nosotros consideramos que ninguna de esas razones justifica la aplicación de la detención preventiva, porque las necesidades que se pretenden satisfacer no son responsabilidad del indiciado y menos aun deben ser cubiertas a costa de la privación de su libertad.

m) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú

En aplicación de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos e interpretando el artículo 8, párrafo 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional de Perú, en el año 2005, en la tramitación de un recurso extraordinario, mediante tres elementos: la complejidad del asunto, la actividad procesal del indiciado y la conducta de las autoridades judiciales, resolvió que doce años eran muchos y no podían considerarse un plazo razonable para juzgar al indiciado.¹⁴⁸ Ésta fue una de las primeras ocasiones que un tribunal nacional invoca expresamente y aplica la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

La jurisprudencia que emiten los tribunales internacionales, principalmente la que produce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es aplicable en México tal como si fuera dictada por los tribunales nacionales, esto es así por orden expresa de los artículos 1 y 133 de la constitución y en virtud de que ambos sistemas juzgan hechos similares, bajo circunstancias semejantes y no hay motivo para que, ante los mismos hechos, dos jueces, que se conducen racionalmente, actúen en forma diferente o lleguen a conclusiones contradictorias, más aun cuando la materia en cuestión forma parte de los derechos humanos, cuyos principios son la universalidad, la interdependencia, la indivisibilidad y la progresividad. Estas razones son más fuertes en la región latinoamericana, en donde se comparte el idioma, la forma de gobierno, las costumbres, los principios jurídicos y en muchos casos un origen común.

¹⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas), Konrad Adenauer Stiftung. Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos, número 6, enero-junio de 2009, México, pp. 107 y 108.

n) Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

Introducción

Este tribunal (que se creaba *ex profeso*, que no contaba con legislación particular aplicable, que nacía y funcionaba cuando los derechos humanos y su garantía: el debido proceso, habían emprendido un vertiginoso desarrollo; por la materia que juzgaba: genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, cometidos por individuos y mandos, durante las guerras civiles ocurridas entre 1991 y 2005, en lo que fue Yugoslavia; así como por su propia y especial naturaleza), tuvo que recurrir directa y constantemente a los principios generales del derecho y apoyar en ellos sus decisiones preparatorias y definitivas, con la intención de dar cumplimiento al debido proceso. Eso nos brindó la oportunidad de apreciar la interpretación, operancia y materialización de una abundante cantidad de axiomas jurídicos, que se plasmaron en la copiosa jurisprudencia producida, obra que fue aprovechada por diversos órganos jurisdiccionales y legislativos nacionales e internacionales. Tal es el caso de la Corte Penal Internacional, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de otros juzgadores mexicanos, así como del Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados. Esas obligadas interpretación y aplicación de los principios generales del derecho y su resultado, también se encuentran a disposición de los litigantes. Es por todo lo anterior que pasamos a presentar, comentar y criticar esa importante producción jurisprudencial.

- a. La persona acusada goza del beneficio de presunción de inocencia.¹⁴⁹
- b. El artículo 21, párrafo 3 del Estatuto dispone que el acusado se presumirá inocente hasta que se pruebe que es culpable.¹⁵⁰
- c. La Sala de Apelaciones encuentra que la prueba estándar que debe aplicarse desde el punto de vista de un juzgador de hechos es más allá de toda duda razonable y que la carga de la prueba recae en la Fiscalía... el estándar de la prueba requerida es que la culpabilidad demostrada esté más allá de toda duda razonable.¹⁵¹
- d. Esta presunción de inocencia coloca sobre la Fiscalía la carga de demostrar la culpabilidad del acusado, una carga que permanece sobre la Fiscalía durante todo el juicio...¹⁵²
- e. Conforme al Estatuto del Tribunal, una persona acusada tiene derecho a un juicio público y justo...¹⁵³
- f. El artículo 21, párrafo 4, inciso b, requiere que a una persona acusada se le dé tiempo y facilidades adecuadas para la preparación de su defensa...¹⁵⁴
- g. Cuando una de las partes alega en la apelación que su derecho a un juicio justo ha sido violado, debe demostrar que la protección que ofrece el Estatuto y las Reglas, no le fueron otorgadas por la Sala de Primera Instancia. Esto requiere que la parte que lo alega demuestre que: 1) las disposiciones del Estatuto y/o de

¹⁴⁹ Kordic y Cerkez, Sala de Apelaciones, 17 de diciembre de 2004, párrafo 833.

¹⁵⁰ Halilovic, Sala de Primera Instancia, 16 de noviembre de 2005, párrafo 12.

¹⁵¹ Kordic y Cerkez, Sala de Apelaciones, 17 de diciembre de 2004, párrafo 833.

¹⁵² Limaj, Sala de Primera Instancia, 30 de noviembre de 2005, párrafo 10.

¹⁵³ Nikolic – Momir, Sala de Primera Instancia, 2 de diciembre de 2003, párrafo 148.

¹⁵⁴ Blaskic, Sala de Apelaciones, 29 de julio de 2004, párrafo 208.

las Reglas fueron violadas, y 2) que la violación causó perjuicio o “injusticia” a la parte que alega, (de) manera que equivalga a un error de derecho que invalide la Sentencia de Primera Instancia.¹⁵⁵

De conformidad con los criterios jurisprudenciales anteriores, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, estableció que en los procesos penales (nacionales e internacionales) el acusado tiene derecho a un juicio justo, en el que cuente con tiempo, espacio, movimiento, oportunidad de preparar y allegar pruebas, información, igualdad, dignidad, tranquilidad, etcétera, que le permitan preparar su defensa. Esas garantías son imposibles de satisfacer si se aplica la prisión preventiva, que, por su propia naturaleza, elimina la posibilidad de espacio, de movimiento, de oportunidad para buscar, conseguir y aportar pruebas al tribunal, de información, de igualdad con el acusador (quien siempre se encuentra libre); de dignidad, tranquilidad y todo lo demás que se requiere para preparar la defensa. La prisión preventiva viola la presunción de inocencia, el debido proceso, la igualdad procesal, la lógica jurídica.

ñ) El Comité de Derechos Humanos¹⁵⁶

En forma periódica recibe informes de los Estados Partes, sobre la forma en que están dando cumplimiento a las obligaciones que les impone el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los corrobora y, a partir de ellos, en su caso, hace observaciones y emite recomendaciones a los Estados para que ajusten sus actuaciones al Pacto.

Veamos los comentarios y las recomendaciones que el Comité ha hecho en relación con los dos últimos informes presentados por el Gobierno mexicano.

o) Observaciones y Recomendaciones a partir del Cuarto Informe de México, examinado en las sesiones 1771^a a 1773^a, celebradas los días 22 y 23 de julio de 1999

Entre los motivos de preocupación, el Comité tomó nota de que México había ampliado el concepto de flagrancia, que extendía las circunstancias en las cuales se podían efectuar arrestos sin orden de funcionario judicial competente, lo que implicaba una amenaza seria a la seguridad de las personas, por ello recomendó al Gobierno mexicano que procediera a enmendar de inmediato las disposiciones legales pertinentes y estableciera procedimientos compatibles con lo dispuesto por el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe las detenciones y prisiones arbitrarias.

El Gobierno mexicano hizo caso omiso a esta recomendación.

¹⁵⁵ Kordic y Cerkez, Sala de Apelaciones, 17 de diciembre de 2004, párrafo 119.

¹⁵⁶ Se estableció de conformidad con el artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para supervisar la aplicación del Pacto.

p) Observaciones y Recomendaciones a partir del Quinto Informe de México, examinado en las sesiones 2686^a, 2687^a y 2688^a, celebradas los días 8 y 9 de marzo de 2010

El Comité expresó su preocupación por la falta de progresos significativos en la aplicación de las recomendaciones que se hicieran en relación con el Cuarto Informe. Recomendó al Gobierno mexicano adoptar todas las medidas necesarias para dar pleno efecto a las recomendaciones adoptadas por ese Comité.

México debe garantizar que las autoridades, en todas sus entidades federativas, sean conscientes de los derechos enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de su deber de garantizar su aplicación efectiva.

El Comité observó con preocupación la persistencia de la tortura y los malos tratos por parte de las autoridades policiales, el escaso número de condenas de los responsables y las sanciones leves impuestas a los autores. Le preocupó que a sólo un número reducido de víctimas de tortura policiaca se le hubiera concedido una reparación tras las actuaciones judiciales. Recomendó iniciar una investigación para cada caso de tortura; reforzar las medidas para poner fin a la tortura y malos tratos por parte de las autoridades, para vigilar, investigar, enjuiciar y castigar a los autores de malos tratos e indemnizar a las víctimas. Sistematizar la grabación audiovisual de los interrogatorios en las comisarías y en todos los centros de detención y asegurarse que los exámenes médico-psicológicos de los probables casos de malos tratos, se lleven a cabo de acuerdo con el Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, según el Protocolo de Estambul.

El Comité subrayó que las personas detenidas en virtud del arraigo corren peligro de ser sometidas a malos tratos. Recomendó adoptar todas las medidas para eliminar la detención por el arraigo de la legislación y la práctica, tanto a nivel federal como estatal.

El Gobierno mexicano hizo caso omiso a esta recomendación. Solucionó la inconstitucionalidad del arraigo, autorizándolo desde el propio texto de la Constitución.

Al Comité le preocupan los altos niveles de hacinamiento y las malas condiciones imperantes en los lugares de detención, así como la elevada tasa de encarcelamiento en México. Recomendó que los tribunales recurran a formas alternativas de castigo. El Gobierno mexicano debe mejorar las condiciones de todos los detenidos, de conformidad con las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

q) El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria¹⁵⁷

Tiene en su encomienda la tarea de investigar los casos de detención impuesta arbitrariamente o que por alguna otra circunstancia sea incompatible con las normas internacionales pertinentes enunciadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en los instrumentos jurídicos pertinentes aceptados por los Estados interesados, siempre que los órganos jurisdiccionales no hayan adoptado una decisión definitiva al respecto, de conformidad con la legislación nacional.

¹⁵⁷ Fue creado en 1991, por la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

No obstante ese encargo general, el cumplimiento de su misión lo ha llevado a formular tres criterios específicos que le ayuden a determinar cuándo está ante una clara e indiscutible detención arbitraria, esos tres criterios son los siguientes.

- a. Cuando es evidentemente imposible invocar base legal alguna que justifique la privación de la libertad.
- b. Cuando la privación de la libertad resulta del ejercicio de derechos o libertades proclamados en los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y además, respecto de los Estados Partes, en los artículos 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- c. Cuando la inobservancia total o parcial, de las normas internacionales relativas a un juicio imparcial, establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados afectados es de una gravedad tal que confiere a la privación de libertad carácter arbitrario.

Parece que con estos tres criterios específicos, el Grupo de Trabajo en realidad dificulta su labor, pues recorta significativamente el ámbito de su competencia, además de que los supuestos a que se refieren los criterios a. y c., son casi imposibles de encontrar en la realidad, pues un Estado autoritario encubre siempre sus arbitrariedades con argumentaciones *seudolegales*. Sin embargo, en todo caso, podremos invocar el encargo original y la competencia general que a este Grupo de Trabajo le diera la Comisión de Derechos Humanos al crearlo, mediante las resoluciones 1991/42 y 1991/50, que mencionamos en el primer párrafo de este apartado.

Los Grupos de Trabajo, como el de Detención Arbitraria, reciben y tramitan quejas presentadas por particulares que solicitan su intervención para que investigue y solucione actos, programas y campañas de detención arbitraria, realizados e instrumentados por los Estados Partes. El funcionamiento de este organismo viene a mejorar con mucho la tramitación de los procedimientos internacionales, lo podremos constatar en el capítulo VI, en que propondremos diversos procedimientos para combatir la prisión preventiva y uno de esos recursos será ante este Grupo de Trabajo, pues la experiencia muestra su eficacia, como tendremos oportunidad de ver a continuación.

r) Opiniones de Detención Arbitraria que contra México se emitieron en 2007¹⁵⁸

- a. Opinión No. 20/2007. El 22 de noviembre de 2007, el Grupo de Trabajo aprobó su opinión en la que considera que los quejosos son víctimas de detención arbitraria y pidió al Gobierno mexicano que adoptara las medidas necesarias para remediar la situación, conforme a los principios y normas enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La parte quejosa continúa privada de su libertad.

¹⁵⁸ Informe de fecha 4 de febrero de 2009, relativo al desempeño del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, rendido por el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

- b. Opinión No. 29/2007. El 28 de noviembre de 2007, el Grupo de Trabajo reportó que la parte quejosa se encontraba en libertad bajo caución.
- c. Opinión No. 30/2007. El 28 de noviembre de 2007, el Grupo de Trabajo reportó que la parte quejosa se encontraba en libertad absoluta.
- d. Opinión No. 31/2007. El 28 de noviembre de 2007, el Grupo de Trabajo reportó que la parte quejosa se encontraba en libertad bajo caución.
- e. Opinión No. 39/2007. El 30 de noviembre de 2007, el Grupo de Trabajo reportó que la parte quejosa se encontraba en libertad por desvanecimiento de datos.
- f. Opinión No. 40/2007. El 30 de noviembre de 2007, el Grupo de Trabajo reportó que la parte quejosa se encontraba en libertad bajo caución.

Como podrá constatar, de 6 quejas presentadas contra el sistema penal y procesal penal mexicano, creado, operado y aprovechado por el Estado Mexicano, en 5 de ellas se consiguió la libertad de la parte quejosa, sobra decir que ante la inconformidad del ministerio público. Los números intermedios corresponden a quejas presentadas contra otros Gobiernos. Las cifras en este rubro son significativas y deben orientar nuestras acciones contra los actos violatorios de los derechos humanos, muy especialmente ante los Grupos de Trabajo de Naciones Unidas, que han mostrado una mayor eficacia si los comparamos con los organismos tradicionales, cuyos procedimientos, políticas, decisiones, estructuras, etcétera, les impiden actuar con la oportunidad, eficiencia y eficacia con que lo hacen los organismos más *ligeros*, que han sido creados para dar una respuesta inmediata a los problemas que se presentan en la región, por medio de visitas, designación de relatores especiales, requerimientos de informes, opiniones, etcétera.

s) Informe del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, relativo a la visita que realizó a México del 27 de octubre al 10 de noviembre de 2002¹⁵⁹

El Grupo de Trabajo, durante su visita a nuestro país pudo constatar que una de las principales violaciones de los derechos humanos son las detenciones arbitrarias por falta de garantías procesales, especialmente en delitos de narcotráfico.

Comprobó que las víctimas de las detenciones arbitrarias, que se encuentran imposibilitadas para salir de esa situación, pertenecen al grupo más vulnerable de la población. No tienen acceso a una defensa adecuada, carecen de recursos efectivos y son reprimidos con penas desproporcionadas a las faltas que cometieron. Algunos de los sentenciados fueron detenidos en forma arbitraria y no han podido revertir su situación a través de los procedimientos judiciales ordinarios.

Reportó que es difícil combatir la arbitrariedad de las detenciones. La corrupción y la falta de una cultura de derechos humanos, contribuyen para que muchas personas se encuentren en grave situación de vulnerabilidad ante los agentes públicos. La impunidad de numerosos agentes en cuanto a detenciones arbitrarias es una constante en la sociedad mexicana. El sistema convalida esa situación.

¹⁵⁹ ONU. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. 59º período de sesiones. Los Derechos Civiles y Políticos, en Particular las Cuestiones de la Tortura y la Detención. E/CN.4/2003/8/Add.3, de fecha 17 de diciembre de 2002.

Individuos particulares poderosos se han aliado con autoridades para actuar al margen de la ley y siembran el miedo entre las comunidades, valiéndose de las detenciones arbitrarias.

Entre los temas de su preocupación destacó:

- a. El ministerio público, enmarcado dentro del poder ejecutivo, además de funciones investigadoras, realiza funciones casi jurisdiccionales.
- b. La flagrancia equiparada permite arrestos sin orden judicial sobre la base de simples denuncias o declaraciones testimoniales, resultando por ello incompatible con el principio de presunción de inocencia y genera tanto riesgos de detenciones arbitrarias como extorsiones.
- c. La policía judicial y la policía preventiva detienen sin orden de aprehensión y piden un rescate a los familiares de la persona detenida, a quien deberían dejar en libertad porque ningún indicio se le halló para retenerla.
- d. La mayoría de las detenciones arbitrarias son por denuncias anónimas, actitudes sospechosas o marcado nerviosismo.
- e. Las reformas constitucionales de 1994, introdujeron una excesiva cantidad de delitos graves que generaron sobrepoblación en las prisiones, con la consiguiente prohibición de los beneficios de preliberación para los delitos graves que vienen siendo menos graves que otras conductas que si alcanzan los beneficios, generándose injusticia entre los internos.
- f. El arraigo es una prisión preventiva y un preproceso en el que quien juzga es el acusador, en el caso de México el ministerio público y no un funcionario judicial. Los centros de arraigo son en realidad prisiones impuestas por el ministerio público, por lo que el Grupo de Trabajo consideró que el arraigo es una detención preventiva arbitraria.
- g. El juicio de amparo resulta ineficaz para solucionar el problema de las detenciones arbitrarias, porque exige el promovente que señale el lugar donde se encuentra el detenido arbitrariamente y a los sujetos que los detuvieron, datos que casi siempre los desconoce. Otro inconveniente del amparo consiste en que basta que se modifique la situación jurídica del detenido para que se sobresea el juicio, situación que imposibilita un efectivo control sobre los ejecutores de una detención arbitraria.
- h. Declaró que era urgente reformar el amparo para darle una real efectividad en la lucha contra las detenciones arbitrarias.
- i. Señaló que el ministerio público domina a la defensoría de oficio, ambas partes no gozan de una situación de igualdad no sólo materialmente sino en razón del mismo sistema penal procesal. El defensor de oficio carece de una cultura de abogado defensor.
- j. Personas que han sido detenidas de manera arbitraria, siguen detenidas y sin recursos jurisdiccionales para librarse de cumplir sentencias de hasta 30 años de prisión.
- k. Percibió una impunidad notoria de los responsables de las detenciones arbitrarias, además de ser tolerados por sus superiores. Los mecanismos de control están supeditados al poder ejecutivo. Un gran número de personas son presentadas ante el juez habiendo sido detenidas arbitrariamente, algunas son liberadas y otras se quedan en prisión. Casi nunca se denuncian las detenciones arbitrarias y cuando se han denunciado no se ha investigado ni castigado a los agentes. El Grupo de Trabajo no tuvo conocimiento, aunque investigó, de casos

de agentes públicos procesados y castigados por detenciones arbitrarias, a pesar de ser una de las principales quejas de violaciones de los derechos humanos.

1. En algunas entidades federativas las iniciativas adoptadas a favor de los derechos humanos no pueden progresar a causa de la corrupción y la impunidad.

En base a las anteriores consideraciones, el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, recomendó:

1. Modificar la legislación para adaptarla a las normas internacionales, en especial sobre la presunción de inocencia, la flagrancia, la proporcionalidad de las penas en delitos denominados graves. Así como en cuanto a medios efectivos para las detenciones arbitrarias, modificar el amparo, tipificar penalmente la detención arbitraria y prohibir la utilización de automóviles sin placas por los agentes encargados de la aplicación de las leyes.
2. Abrir un debate en profundidad sobre la necesidad de reformar el sistema penal y procesal penal y las atribuciones para-jurisdiccionales del ministerio público.
3. Mejorar el sistema de defensoría pública y de defensoría de oficio para que operen en igualdad de condiciones con el ministerio público.
4. Establecer garantías para permitir que el detenido sea respetado en su dignidad, sin estar detrás de una reja de audiencias.
5. En el combate a la corrupción debe vigilarse que se respeten ejemplarmente las garantías del debido proceso de los acusados.
6. Reforzar los procedimientos de control de los servidores públicos, especialmente los procedimientos de control interno.
7. Erradicar de la ley el arraigo.

El Estado mexicano constitucionalizó el arraigo. Fingió reconocer la presunción de inocencia, sólo la declaró en la Constitución y enseguida la anuló, en virtud de que en el mismo acto incorporó reglas para imponer en todos los procesos penales la prisión preventiva, la inocencia de todos los detenidos aparecerá cuando la declare una sentencia que se va a dictar dos años después de que inicie la privación de la libertad. Esto se trató más ampliamente y con mayor detalle en el Capítulo II. La flagrancia la dejó intocada. No sólo mantuvo la proporcionalidad de las penas que había en 2002, sino que las aumentó, creó nuevos tipos penales agravados, ordenó al juez aplicar la prisión preventiva en forma oficiosa, sin posibilidad de discrecionalidad judicial, y dio a las legislaturas locales competencia para que a su discreción decidan qué delitos serán considerados graves, como también se vio en el Capítulo II. No mejoró el amparo, tampoco ha tipificado como delito el acto de detención arbitraria. Los agentes públicos ya no utilizan automóviles sin placas, ahora son robados e igualmente irrastreables.

Aún no abre el debate para las reformas al sistema penal, menos aun para discutir las facultades jurisdiccionales y soberanas del ministerio público. En la Constitución

sólo declaró que el sistema penal mexicano sería acusatorio pero dejó todas las reglas que nos hacen un sistema inquisitorial, reglas inquisitoriales que aumentó y recrudesció al fortalecer al inquisidor: ministerio público y establecer diversos tecnicismos por los cuales algunos órganos judiciales validarán las actuaciones jurisdiccionales de los acusadores. Esto ha quedado expuesto en la introducción y demostrado en el capítulo anterior.

Ordenó que a los defensores de oficio se les pague el mismo salario que a los agentes del ministerio público, pero no los mismos bonos, premios, sobresueldos que a los últimos se les pagan por enviar a la gente a la cárcel. Al ministerio público lo dotó de facultades jurisdiccionales, no sólo en la etapa de preproceso: arraigo, casos graves, flagrancia, averiguación previa; sino que ahora será el ministerio público quien decida si el indiciado enfrenta el proceso en libertad o en prisión preventiva.

Las rejas de las salas de audiencias penales se han aumentado. A la primera reja se le encimaron otras. En algunos juzgados llegan a ser hasta tres rejas, unas sobre otras. Esta es una de las ofensas menos graves a la dignidad de las personas detenidas.

El ministerio público y su policía, recordamos, son las autoridades señaladas como las más corruptas del país, eso empeorará porque el primero decide nuestra libertad bajo caución o nuestra condena definitiva, que a eso equivale la prisión preventiva, según quedó demostrado en el Capítulo II de esta investigación. Las garantías del debido proceso pueden terminar con negocios ilícitos que han creado verdaderas fortunas, siempre enfrentarán enemigos encarnizados. Ningún recluso pide otra cosa más que un debido proceso. Lo seguimos esperando.

Los procedimientos de control siguen sin funcionar, tampoco se han reforzado.

t) Informe Preliminar del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Desaparición Forzada e Involuntaria, de su Visita a México en marzo de 2011

El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, visitó México en marzo de 2011 y al hacer público su Informe Preliminar declaró haber encontrado muy deteriorada nuestra situación nacional, ¡peor que hace cuatro años! Las fuerzas públicas, dijo, con el ministerio público a la cabeza, actúan con abuso de autoridad, sin supervisión ni control, con impunidad. No hay sobre ellas dirección civil, operan por su cuenta, con independencia. Revisan y detienen a personas sin orden judicial. Crearon y usan conceptos de flagrancia, de *cuasiflagrancia* y de caso urgente, exageradamente amplios para detener a las personas y llevarlas a comisarías, cuarteles, agencias investigadoras; allí las interroga, las tortura y les inflige tratos crueles e inhumanos, las incomunica, las arraiga, además de no llevar un registro efectivo de las detenciones. De entre esos casos, los que prohíbe la ley, no son investigados y aunque México figura como uno de los países donde más detenciones arbitrarias cometen las fuerzas públicas, ninguno de sus agentes ha sido castigado. ¡La impunidad es alarmante, es un cáncer general! El ministerio público tampoco inicia la averiguación previa cuando ante él se denuncia una desaparición forzada, desacredita a los desaparecidos, señalándolos como delincuentes, revoltosos, vagos, indignos de su atención. No investiga, no busca a los desaparecidos, tampoco se interesa por recabar pruebas, en ciertas ocasiones sólo recibe las que le aportan los familiares de los

desaparecidos. Es hasta después de 72 horas que inicia la averiguación, cuando, dice el Relator del Grupo de Trabajo, esas primeras 72 horas son decisivas para determinar la vida o la muerte de la persona desaparecida, en virtud de que quienes la retienen la asesinan más fácilmente si no son requeridos oficialmente para que rindan informes, si no se enteran de que están en una lista de probables responsables, distinta a la que manejan los familiares de su víctima.

Contra las desapariciones forzadas y las detenciones arbitrarias, el juicio de amparo ha mostrado su insuficiencia e ineficacia, afirmó el Grupo de Trabajo, al tiempo que recomendó al Gobierno mexicano reconocer la dimensión del problema, cumplir y hacer cumplir los ordenamientos jurídicos internacionales, garantizar que el delito de desaparición forzada sea incluido en las legislaciones de todos los Estados de la República, crear un procedimiento efectivo de búsqueda de personas desaparecidas, establecer protocolos para controlar el uso de la fuerza pública, fortalecer el registro de detención, eliminar el arraigo, restringir el uso de la flagrancia, adecuar el juicio de amparo y mejorar la preparación y la educación del ministerio público y de su policía.¹⁶⁰

u) La prisión preventiva en el marco de los derechos humanos

En la Declaración Universal de Derechos Humanos no se autoriza la prisión preventiva. En los ordenamientos jurídicos posteriores sí, en algunos de ellos ampliamente, como en los de México, donde es prácticamente la regla única; en otros con límites racionales: complejidad del caso, actuación de la autoridad, racionalidad y suficiencia de las pruebas.¹⁶¹ En otros, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos muy limitadamente porque sólo se autoriza cuando sea necesaria para garantizar que el indiciado comparezca al juicio.

v) Síntesis

Los derechos humanos rechazan a la prisión preventiva, porque viola la presunción de inocencia, el debido proceso, los principios *pro homine* e *in dubio pro reo*, así como la racionalidad jurídica. Violación que se torna más grave, reflexiona el Dr. Hugo Saúl Ramírez García, porque no sería difícil, dice, alcanzar, con otros medios menos violentos, los objetivos que se persiguen con la prisión preventiva.¹⁶² No obstante que los derechos humanos y la prisión preventiva son incompatibles, casi todos los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales autorizan esa detención, unos como regla excepcional, otros con condiciones, y otros más como regla única. En el primer supuesto se ubica el sistema interamericano de justicia y la doctrina especializada, en el segundo la jurisprudencia internacional, y en el tercero la legislación mexicana.¹⁶³

¹⁶⁰ El Informe Preliminar lo hizo público en la conferencia de prensa que ofreció en la Ciudad de México, el día 31 de marzo de 2011.

¹⁶¹ Como se vio en el Capítulo III, al abordar el estudio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

¹⁶² Seminario de Derechos Humanos y Revisión de este proyecto., Universidad Panamericana.

¹⁶³ García Ramírez, Sergio. La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 2010, pp. 99-108.

Capítulo IV

La Prisión Preventiva y la Teoría General del Proceso

a) Presentación

Hemos visto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 14 establece que el ser humano nace libre y sólo puede ser privado de esa libertad mediante juicio en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento. En este capítulo sabremos cuáles son esas formalidades esenciales del procedimiento que deben cumplirse para que la privación de la libertad no sea arbitraria. También veremos si la prisión preventiva es aceptada por la teoría general del proceso o no, y, en su caso, cuáles son las razones para la aceptación o el rechazo.

b) La teoría general del proceso

Estudia, expone, analiza y crea la estructura teórica relacionada con las actividades que realizan las partes, el juez y los terceros para la atención y la resolución de los conflictos jurídicos que requieren la intervención del Estado. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, concibe a la teoría general del proceso, como la exposición de los conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas del enjuiciamiento.¹⁶⁴ Humberto Briseño Sierra define al proceso, objeto de la teoría general, como la serie de actos proyectivos, que se desarrolla entre el juez, las partes y los terceros.¹⁶⁵ La teoría general del proceso ha sido abordada a partir de tres elementos fundamentales, a saber: la acción, la jurisdicción y el procedimiento (proceso)¹⁶⁶. Este último es el que estudiaremos porque es a él al que se refiere el artículo 14 constitucional cuando impone, como condición para privar a alguien de su libertad, la mediación de un juicio.

c) El procedimiento

También llamado proceso, juicio, causa, instancia, enjuiciamiento, consiste en una serie de actos para conocer y resolver los conflictos que enfrentan a los miembros de una comunidad humana por actos u omisiones que se consideran infracciones a las normas jurídicas. Se compone de cinco fases: Expositiva, Demostrativa, Conclusiva, Resolutiva y Ejecutiva. En la primera las partes, demandante y demandado, exponen sus pretensiones, motivadas y fundadas; en la segunda las materializan por medio de pruebas; en la tercera retoman sus intervenciones primigenias condicionadas al resultado de las actividades probatorias; en la cuarta el juzgador resuelve el conflicto por medio de una sentencia, condicionada por las intervenciones de las partes, el resultado de las pruebas y la actualización de los presupuestos jurídicos. El juez no sólo debe dictar sentencia, sino que debe dictarla respetando las reglas que le impone el Derecho. El procedimiento, señala Alcalá-Zamora, se reduce a ser una coordinación de

¹⁶⁴ Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972) Tomo I: Números 1-11, editado por Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1992, p. 533.

¹⁶⁵ Derecho Procesal (Teoría General del Proceso), 2ª edición, Editorial Harla, Colección Juristas Latinoamericanos, Ciudad de México, 1995, p. 748.

¹⁶⁶ Salcedo González Sandra. op. cit.

actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final... la noción de procedimiento es de índole formal.¹⁶⁷ Por su parte, el alemán James Goldschmidt, nos dice que el proceso o procedimiento, es el método que siguen los Tribunales para definir la existencia del derecho de la persona que demanda, frente al Estado, a ser tutelada jurídicamente, y para otorgar esta tutela en el caso de que tal derecho exista.¹⁶⁸

d) Las formalidades esenciales del procedimiento

La doctrina dominante¹⁶⁹ y la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación¹⁷⁰ consideran que son a) la notificación al reo, demandado, interpelado, denunciado, imputado, de la existencia de un procedimiento en su contra, informándole cuáles son los hechos que se le imputan, b) la oportunidad para que ocurra a contestarlos, c) la oportunidad para que ofrezca y desahogue pruebas, y d) la sentencia que se pronuncie sobre los hechos materia del procedimiento. Tanto la doctrina como la jurisprudencia están muy lejos de encontrar y comprender las auténticas y más importantes formalidades del procedimiento, esto en virtud de que los actos que señalan sólo simulan dar oportunidad de defensa al indiciado, sólo aparentan respetar las reglas del debido proceso. El juez no cumple sus obligaciones con sólo realizar los actos, debe realizarlos correctamente, no basta con resolver fundada y motivadamente, debe dictar la sentencia conforme con lo que el derecho le ordena. Necesita apreciar debidamente las pruebas, de tal apreciación obtener los hechos probados, compararlos con los presupuestos que el derecho contempla y si éstos se actualizan o no, decretar la consecuencia que el mismo precepto jurídico establece.

Aquí se encuentra un problema fundamental de todos los sistemas judiciales, consistente en que el procedimiento se presta para simular el cumplimiento de las obligaciones, una sentencia que adolece de graves errores de hecho y de derecho, bien puede hacerse pasar por una sentencia debidamente dictada, si no estamos atentos al fondo del asunto, si no conocemos suficientemente las formalidades del procedimiento o perdemos de vista la auténtica función del Derecho. Argumentaciones inconsistentes del juzgador, manejadas con una hábil retórica, pueden parecer inobjectables a la vista no experta o conformista. El hecho de que el juez dicte sentencia de ninguna manera

¹⁶⁷ Proceso, Autocomposición y Autodefensa, 3ª edición, editado por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 1991, p. 116.

¹⁶⁸ Derecho Procesal Civil, editado por Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, Ciudad de México, 2003, p. 1.

¹⁶⁹ El acto procesal tiene señalada en la ley la forma en que ha de realizarse, esa forma legal es intocable bajo pena de nulidad, así se expresaba Humberto Briseño Sierra, respecto de las formalidades esenciales del procedimiento. op. cit. p. 873. Eduardo Juan Couture consideraba que las formalidades del procedimiento se satisfacían con la sola realización del acto en el tiempo, el lugar y el modo como señalaban los ordenamientos procedimentales; según lo dejó asentado en sus Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 172-199. Guillermo Colín Sánchez, escuetamente señala que el derecho de impugnación nace cuando se produce el error del órgano jurisdiccional, el especialista deja de manifestar que ese error puede consistir en la alteración de los hechos, la deficiente valoración de las pruebas y en las equívocas interpretación y aplicación del Derecho, en la falta de conocimiento, de voluntad, de compromiso del juez, entre otras cosas. El escueto señalamiento de Colín se encuentra en Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 6ª edición, Editorial Porrúa, Ciudad de México, p. 499.

¹⁷⁰ Novena Época; Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; II, Diciembre de 1995; página 133.

satisface las expectativas que se tienen de la función judicial, debe dictarla correctamente. En todo momento enfrentamos la demagogia judicial. El método utilizado por los órganos jurisdiccionales dificulta el análisis y permite que verdaderas aberraciones sean aceptadas como las resoluciones precisas, lógicas, argumentativas, congruentes, documentadas y exhaustivas que han sido encargadas a los integrantes del Poder Judicial.

Las partes, los terceros, el juez, el legislador se encuentran bajo sospecha de error, voluntario o involuntario, pero que de cualquier forma vicia el procedimiento. Sobre los vicios y errores procedimentales nos advierte el procesalista alemán James Goldschmidt: Tampoco son atendibles los actos de las partes que evidentemente estén desprovistos de seriedad. Así por ejemplo, la demanda de pobreza interpuesta con conciencia de que no está suficientemente fundada, no detiene el curso del plazo de depósito de las costas. Igualmente, dice, deben rechazarse por inadmisibles los actos de postulación de las partes que no hayan sido realizados razonablemente. El error, el dolo, la fuerza o la usura, son violaciones al procedimiento que no pueden ser subsanados como podrían serlo las inexactitudes motivadas por error de palabras o en la escritura.¹⁷¹

Las auténticas formalidades esenciales del procedimiento tienen que ver con la certeza de las resoluciones judiciales, certeza que se obtendrá de un correcto trabajo judicial, en la interpretación y la aplicación del derecho, primero para encuadrar el litigio en el marco normativo, conocer el presupuesto y las consecuencias que éste señala, posteriormente realizar una debida apreciación de la prueba y obtener hechos demostrados que pueden o no actualizar los presupuestos jurídicos y después decretar las consecuencias ordenadas por el derecho. El estudio de las pruebas debe hacerlo de acuerdo con las reglas de la lógica y la experiencia. Lógica y experiencia que forman parte de la razonabilidad que el juzgador debe usar durante todas las etapas del procedimiento.

Es injusta una sentencia, señala Goldschmidt, cuando lo que en ella se reconoce como derecho no lo es en realidad. Por consiguiente, toda injusticia, en último resultado, es siempre una aplicación inadecuada del derecho, que puede deberse a una falta de observación o atención a la materia del debate, o a una falta de subsunción, originada por desconocimiento, interpretación errónea o aplicación indebida de las normas jurídicas o de la experiencia.¹⁷² Las injusticias del juez a que se refiere el autor alemán, se materializan en el momento en que los jueces penales mexicanos aplican la legislación nacional que ordena la prisión preventiva para prácticamente todos los casos y dejan de obedecer lo que ordena el derecho internacional, que es el verdaderamente aplicable, de usar la prisión preventiva excepcionalmente.¹⁷³

El procedimiento no puede iniciar por el final, para cumplir con la formalidad de dialéctica u orden procesal, es indispensable que el resultado se obtenga después de tramitar el procedimiento. Nadie puede aceptar que el procedimiento empiece con la

¹⁷¹ Goldschmidt, James. Derecho Procesal Civil, editado por Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Ciudad de México, 2003, p. 293.

¹⁷² Ib. p. 301.

¹⁷³ Aunque Goldschmidt se refiera al procedimiento civil, lo mismo aplica al procedimiento penal, pues las reglas procedimentales son generales y aplican para todas las ramas del derecho, como lo demostró Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972) Tomo I, Capítulo 11, inciso C) Problema previo referente a la unidad o diversidad del derecho procesal, pp. 543-585.

sentencia y sin embargo eso es precisamente lo que pasa con la prisión preventiva. Es la privación de la libertad del indiciado lo que marca el inicio del procedimiento judicial, la resolución definitiva ha sido dictada. En las primeras setenta y dos horas en que el indiciado queda a disposición de su juez, éste debe decidir su situación jurídica, casi nunca es de libertad para los señalados como autores de delitos graves, a quienes casi en forma automática y con los mismos argumentos y las mismas pruebas de que se valió el ministerio público para consignar, el juez decreta su formal prisión o vinculación a proceso sin derecho a obtener su libertad bajo fianza u otra garantía, porque nuestro sistema penal dispone que todo el que sea consignado ante el juez por delito grave y si el juez no encuentra insuficientes las pruebas lo debe vincular a proceso y negarle la libertad bajo fianza u otra caución, lo que quiere decir que el indiciado estará preso durante el tiempo en que su procedimiento sea tramitado, sin importar que no se le haya juzgado, que no se haya desvirtuado su presunción de inocencia, que no se le haya encontrado culpable. Las formalidades esenciales del procedimiento van más allá de informar al indiciado del juicio en su contra, de abrir un espacio temporal para que ofrezca y aporte pruebas y alegue y de dictarle una sentencia, las auténticas formalidades esenciales del procedimiento consisten en que el procedimiento sea tramitado razonablemente, usando la lógica, la prudencia, la experiencia, todos los atributos de la inteligencia humana para la atención y la decisión de los litigios o conflictos jurídicamente trascendentes. El juez, como experto y como órgano público, está obligado, así lo señalan las leyes de la administración pública y de responsabilidades de los funcionarios públicos, a esforzarse al máximo en la interpretación y aplicación del derecho, no basta con aparentar hacerlo, debe realmente desempeñar su función.

José Ovalle Favela identifica 4 formalidades esenciales del procedimiento, a saber: noticia completa, oportunidad razonable para aportar pruebas, oportunidad para alegar, resolución motivada y fundamentada legalmente.¹⁷⁴ Como puede verse, Ovalle ya incluye el aspecto racional en las formalidades, lo refiere a la oportunidad de probar solamente, cuando debe ser un atributo de todas las actuaciones, del juez, de las partes y de los terceros.

e) Los principios generales del derecho procesal

Son las reglas generales que hemos aprendido a partir del estudio, la reflexión y la aplicación de las normas que regulan las actividades procesales. Algunos estudiosos, como es el caso de José Luis Soberanes Fernández,¹⁷⁵ conciben a los principios generales del derecho como las bases de determinados sistemas jurídicos; otros, como las máximas de la razón y la experiencia, entre estos últimos se encuentra Rodolfo Luis Vigo.¹⁷⁶

Se han ido elaborando a lo largo del tiempo y conforme a las experiencias y las necesidades de los sujetos del procedimiento. Unos principios son tan generales que

¹⁷⁴ Ovalle Favela José. Garantías Constitucionales del Proceso, Editorial McGrawHill, Ciudad de México, 1997, pp. 69-73.

¹⁷⁵ Los Principios generales del derecho en México. Un ensayo histórico, 2ª reimpresión, Miguel Ángel Porrúa librero.editor, Ciudad de México, 2003, pp. 7-24.

¹⁷⁶ De la Ley al Derecho, 2ª edición, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2005, pp. 79-104.

incluyen a todos los demás, por ejemplo, el principio de debido proceso. Otros son muy específicos, como economía procesal.

Una de las concepciones de principios generales del derecho a que se refiere Josep Aguiló Regla, los presenta como *regula iuris*, esto es, como enunciado o máxima de la ciencia jurídica que tiene un considerable grado de abstracción y que permite la sistematización del orden jurídico o de una parte del mismo.¹⁷⁷ Los principios agrega, configuran el caso en forma abierta; son un tipo de pauta de conducta en la que no se define caso, no cuentan con supuesto de hecho, son normas categóricas, cuyas condiciones de aplicación se derivan exclusivamente de su propio contenido. Tienen fuerza expansiva y con ella desempeñan un papel justificativo fundamental que se traduce en que entran en juego siempre que se trata de realizar operaciones aplicativas del Derecho no estrictamente subjuntivas. **Los principios, destaca Aguiló, intervienen en todas las operaciones destinadas a transformar el Derecho objetivo con el fin de construir la premisa normativa del razonamiento jurídico justificativo.**¹⁷⁸

Esta investigación asume la concepción amplia de los principios generales del derecho, es decir, como máximas de la razón y la experiencia.

Es indispensable el estudio de los principios generales del procedimiento para comprender los conceptos de: a) formalidades esenciales del procedimiento que exige el artículo 14 constitucional para que la privación de libertad sea legítima, de b) detención arbitraria que prohíben expresamente los instrumentos jurídicos internacionales, al haber encontrado que son muchas las autoridades que pretenden hacer pasar como detención legítima aquella que llevan a cabo sin proporcionalidad, aun cuando en su leyes se regule la prisión preventiva, c) debido proceso, etcétera.

Debido Proceso. Obliga a las autoridades a proporcionar las condiciones que requiere el indiciado para conocer la imputación y defenderse. El juez debe informar al indiciado los hechos por los cuales se le acusa, las pruebas que existen en su contra, los derechos que le concede el orden jurídico de contestar el cargo o guardar silencio, de contar con los servicios de un abogado, de aportar pruebas, de interrogar a los testigos, de ser juzgado en breve plazo, de recurrir la orden de retención y la sentencia condenatoria y de contar con las facilidades de tiempo, espacio, comunicación, información y demás, que le permitan ejercer su derecho de defensa; además de informárselos, el juez debe brindárselos.

La garantía de debido proceso debe asegurar al indiciado la oportunidad de defenderse adecuadamente.

Como puede deducirse, el principio o la garantía de debido proceso posee tanta amplitud, que incluye a todos los demás principios, sin embargo, de conformidad con la doctrina y los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales analizados en el Capítulo III de esta investigación, pasaremos a señalar algunos de los principios o garantías en los que se descompone ese principio de debido proceso.

¹⁷⁷ Aguiló Regla, Josep. Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico), Editorial Ariel, Barcelona, 2000, p. 133.

¹⁷⁸ Ib. pp. 133-139.

Congruencia. Obliga al juez a conducirse lógicamente, tanto durante el procedimiento como en la resolución y la ejecución.

Dialéctica. La estructura procesal se integra de tesis, antítesis y síntesis.

Racionalidad. Obliga a los jueces, las partes y a los terceros a conducirse racionalmente.

Orden lógico. Los sujetos procesales: legislador, juez, partes, terceros, deben conducirse lógicamente.

Preclusión. Obliga a los sujetos del proceso: juez, partes, terceros, a realizar sus respectivas actuaciones en los momentos oportunos. No antes ni después.

Presunción de Inocencia. El indiciado es inocente mientras no se demuestre su culpabilidad.

Pro homine. La interpretación del Derecho se hará en favor de la persona. Para la restricción de derechos se recurrirá a la norma más estrecha; para su reconocimiento se estará a la norma más amplia.

In Dubio Pro Reo. La duda se resolverá en la forma que más favorezca al indiciado.

Publicidad. Todas las actuaciones serán públicas, salvo cuando se ofenda la moral.

Audiencia. El juez debe oír en defensa al indiciado.

Prueba. El juez debe recibir las pruebas propuestas por el indiciado.

Sentencia. El juez debe resolver la controversia.

Exhaustividad. El juez debe resolver todos los puntos controvertidos.

Igualdad. Las partes deben tener iguales oportunidades.

Dinamismo. El procedimiento no debe dilatarse ni entorpecerse.

Lealtad. Los sujetos procesales deben guardarse mutuas lealtad y probidad procesales.

Economía. Las actuaciones han de llevarse a cabo con el menor costo humano y material y con el mayor provecho.

Prohibición de Detención Arbitraria, que es la que se practica sin respetar las prescripciones establecidas en los instrumentos jurídicos de derechos humanos, muy particularmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; que fueron analizados en el Capítulo III de esta investigación.

Formalidades Esenciales del Procedimiento. Reglas técnicas y racionales que deben garantizar el desarrollo equitativo, certero y oportuno del procedimiento judicial.

f) La prisión preventiva en la teoría general del proceso

La prisión preventiva viola las formalidades esenciales del procedimiento consagradas por el artículo 14 constitucional, porque sin juicio priva de su bien más valioso a la persona, a quien el Derecho presume inocente. En el capítulo V de esta investigación veremos que el artículo 14 deroga, de hecho, a los diversos 18 y 19 constitucionales y, en consecuencia, mientras las antinomias no sean resueltas por el legislador constituyente, la prisión preventiva en nuestro país siempre será inconstitucional.

Supongamos que el artículo 14 constitucional no existe, que sólo se encuentran vigentes los artículos 18 y 19 que imponen la prisión preventiva. Cuáles serían los límites de esa privación, cómo se encontraría regulada en los ámbitos nacional e internacional. Según las reformas practicadas a nuestra Constitución en 2008, la libertad bajo caución sería la regla general en los procesos penales, siendo la prisión preventiva la excepción, es decir, la prisión preventiva sólo se aplicaría cuando no hubiera otra medida que garantizara el desarrollo del procedimiento judicial.

Para decretar la privación de la libertad de una persona por medio de la prisión preventiva, no basta que la ley de un país o algún instrumento jurídico internacional la autorice o la ordene. Por ser una de las medidas más drásticas, el juez, al decretarla debe asegurarse de que haya proporcionalidad entre la prisión preventiva, los hechos que se investigan y la prueba que de ellos exista.

La prisión preventiva será arbitraria si no se actualizan las siguientes condiciones:

1. Imposibilidad de recurrir a otros medios que garanticen el desarrollo del proceso.
2. Imputación de hechos tan reprochables que justifiquen la imposición de la medida.
3. Medios probatorios que acrediten suficientemente los extremos anteriores.

Una prisión preventiva arbitraria atenta contra el debido proceso, particularmente contra las garantías de congruencia, racionalidad, preclusión, presunción de inocencia, proporcionalidad y contra los principios *pro homine* e *in dubio pro reo*, ¿por qué? Veámoslo.

Vulnera la congruencia porque ejecuta antes de juzgar.

Viola la racionalidad porque empieza por el final. Priva de la libertad sin que la privación se haya decretado en sentencia.

Incumple la preclusión en virtud de que no respeta los tiempos en que deben realizarse las actuaciones judiciales. La prisión preventiva debía ser el acto final del procedimiento, pues son actos de ejecución de una sentencia que ni siquiera se ha dictado.

No respeta la presunción de inocencia pues priva de la libertad a una persona a la que el Derecho considera inocente.

Viola el principio de proporcionalidad porque la prisión preventiva es más gravosa que la prisión punitiva.

Infringe el principio *pro homine*, en virtud de que debiendo aplicar el artículo 14 constitucional, que favorece más a la persona, le aplica los diversos y antinómicos 18 y 19 que le son más perjudiciales.

No acata el principio *in dubio pro reo*. El juez se encuentra en duda mientras no le aporten pruebas que le permitan conocer la verdad de los hechos. Esas pruebas serán aportadas en la segunda fase del procedimiento, nunca antes. Si el juez priva de la libertad al indiciado cuando no ha abierto la segunda fase del procedimiento, lo está haciendo en un estado de duda, no puede saber si el indiciado es culpable o inocente, esa duda obliga al juez a decidir a favor del indiciado, si el juez decreta la prisión preventiva, es claro que incumple el principio comentado.

La prisión preventiva no respeta la racionalidad que debe caracterizar cada una de las actuaciones judiciales. La propia y especial naturaleza del procedimiento judicial, los principios de debido proceso, *dialecticidad*, preclusión y congruencia incorporan al procedimiento las reglas del método científico. La consignación y la contestación del cargo son semejantes a la tesis y la antítesis, el ofrecimiento y desahogo de pruebas a la experimentación, los alegatos a la síntesis, la sentencia a la hipótesis, la apelación a la constatación y la cosa juzgada a la ley. La ley, en el método científico y la cosa juzgada, en el procedimiento judicial, culminan fases anteriores de conocimiento, experimentación y constatación. Sólo después de las intervenciones de argumentación, reflexión, decisión, confirmación, es posible contar con la certeza necesaria para producir resultados científicos y judiciales confiables. Por ello, el artículo 14 constitucional prohíbe que alguna persona sea privada de su libertad antes de que sea juzgada, por ello la prisión preventiva y con ella los artículos 18 y 19 constitucionales, así como los instrumentos jurídicos internacionales que la autorizan carecen de racionalidad. El problema no se queda ahí. En nuestro ordenamiento jurídico se establece que el juez, en el plazo de setenta y dos horas debe resolver la situación jurídica del indiciado, en ese mismo plazo debe decretar su prisión preventiva si está señalado como autor de un delito que merece pena privativa de libertad y debe negarle la libertad bajo caución. Podría pensarse que es sólo su formal prisión o vinculación a proceso, que falta el procedimiento, las pruebas, las conclusiones y la sentencia, por lo que aún habría oportunidad para defenderse, sin embargo, eso es sólo una ficción. Cuando un juez decreta la prisión preventiva, sin derecho a libertad caucional, en realidad está dictando la sentencia definitiva condenatoria, porque si en la sentencia definitiva absuelve, tendrán que pagar él o el Estado o ambos una indemnización económica por todo el tiempo que injustamente tuvieron privado de su libertad al indiciado, además de que el juez puede ser denunciado por abuso de autoridad, por delitos contra la administración de justicia, por privación ilegal de la libertad, por responsabilidad como funcionario público e ir a prisión. Lo que más temen los jueces penales es eso, ir a prisión, pues saben de las condiciones que existen en las cárceles y están conscientes de que allí les aguardan viejos conocidos; por todo ello es que el juez que decreta la prisión preventiva, está prácticamente obligado a condenar en la

sentencia definitiva. Las estadísticas confirman este hecho, pues de cada cien procesos en los que se ha decretado la prisión preventiva, noventa y cinco han concluido con sentencia condenatoria.¹⁷⁹ La suerte de los consignados quedó echada en las primeras setenta y dos horas que estuvieron a disposición de su juez, el procedimiento judicial que se tramitó fue sólo simulación, la sentencia ya estaba dictada y era condenatoria. A este otro problema da también lugar la prisión preventiva. Si el juez gira la orden de aprehensión, ratifica la detención, decreta la formal prisión, es muy probable que condene en base a los mismos elementos que le sirvieron para las mencionadas resoluciones. Se requiere un aplicado trabajo del defensor para desvirtuar, durante la preinstrucción o en la instrucción los argumentos y los medios de convicción que han aprovechado el ministerio público y el juez para seguir reteniendo al indiciado.

g) Síntesis

La teoría general del proceso rechaza terminantemente la prisión preventiva, en virtud de que contradice sus más elementales principios y casi todas las formalidades esenciales del procedimiento, por ejemplo, contradice el principio de preclusión que determina que los actos procesales deben realizarse en su oportunidad, la ejecución debe ser el acto que culmine un procedimiento que inicie con la exposición, seguida de la probación, luego vendrá la resolución y como acto final la ejecución, y en la prisión preventiva se ejecuta antes de que empiece el procedimiento. Se contradice el principio que prohíbe prejuzgar. Se violan la racionalidad y la lógica procesales, porque la prisión preventiva priva de la libertad a un sujeto a quien se presume inocente, prácticamente sin haberlo escuchado y sin darle oportunidad de defenderse, obliga al juez a resolver con sólo las pruebas que le aporta el acusador, sin dar oportunidad al indiciado de ofrecer pruebas, obliga al juez a dictar la sentencia inmediatamente después de recibir la puesta a disposición de la persona del indiciado o, en el mejor de los casos, dentro del plazo de setenta y dos horas. Puedo asegurar que el juez, en ese brevísimo plazo, y antes de que inicie el procedimiento, dicta la sentencia definitiva condenatoria, que en ocasiones deja al indiciado de por vida en prisión.

La prisión preventiva atenta contra el principio procesal de igualdad, que establece que las partes han de tener igualdad de oportunidades, de capacidad de actuación, de consideraciones y cargas, etcétera. Condiciones que están muy lejos de cumplirse, empezando por el hecho de que la prisión preventiva priva de la libertad a una de las partes por decisión de la otra.

¹⁷⁹ CIDE y Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados, Estudios sobre la Población Carcelaria en México, 2010.

Capítulo V

La Prisión Preventiva en el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación

a) Presentación

Las reformas constitucionales de 2008, observa José Daniel Hidalgo Murillo, hacen necesario un trabajo extraordinario del legislador estatal, la judicatura, la universidad, el ministerio público, la policía, el foro y la sociedad toda, para, a partir del texto constitucional, forjar las condiciones nacionales que disminuyan el índice delictivo. Por lo pronto, aprovechemos el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio, elaborado y propuesto por la Coordinación Nacional de Tribunales Superiores de Justicia del país, que tiene por objeto construir un auténtico sistema acusatorio, con fundamento en la contradicción y la igualdad de las partes, equilibrar las funciones de los distintos actores, evitar que el ministerio público confunda sus facultades con las de un policía, que sustituya al juez, y anule la defensa del imputado y los derechos de la víctima.¹⁸⁰

El código modelo no está acabado, advierte el especialista, debe ser ajustado en base a lo que vaya arrojando la experiencia.¹⁸¹ Representa el interés de los Tribunales de los Estados de la Federación en derrotar a los que apuestan por el fracaso de las propuestas de mejorar la justicia en México.¹⁸²

El Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, que se inspira en el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, presentado en septiembre de 2011, por el titular del Poder Ejecutivo Federal, fue señalado como regresivo y contrario al espíritu del Sistema Penal Acusatorio, porque:

- Reformula los poderes del ministerio público que la reforma penal de 2008 buscaba reducir.
- Permite la desjudicialización de las detenciones y los cateos (ahora los podrá ordenar el ministerio público), flexibiliza los criterios para medidas cautelares y prisión preventiva y atenúa la admisión de prueba ilícita, abriendo puerta a la tortura.¹⁸³

Así lo denunciaron más de 70 organizaciones de derechos humanos de nuestro país.

Existen tensiones entre normas de la reforma constitucional. Hidalgo Murillo ejemplifica, ¿Cómo pueden introducirse en el texto constitucional, al mismo tiempo, la presunción de inocencia y la obligación oficiosa de la prisión preventiva?¹⁸⁴

Aunque parezca absurdo, dice Hidalgo, la reforma constitucional de junio de 2008, desapareció la figura de la libertad provisional, (pilar de los sistemas acusatorios) y de

¹⁸⁰ El Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, p. xix. http://www.poderjudicial.coahuila.gob.mx/pag/4foro/consideraciones_23_10_08.pdf. Fecha de consulta 20 de julio de 2011.

¹⁸¹ Ib. p. xx

¹⁸² Ib. p. xxi.

¹⁸³ <http://www.cmdpdh.org/index.php?option=com> Consultada el 28 de marzo de 2012.

¹⁸⁴ Sistema Acusatorio Mexicano y Garantías del Proceso Penal, editado por Porrúa y Universidad Panamericana, México, 2010, p. 44.

acuerdo con la argumentación del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito (Chihuahua), ya no existe la libertad provisional bajo caución para ningún delito, por leve que sea, y, en consecuencia, tampoco no procede el amparo contra la resolución judicial que niegue la libertad provisional y la reforma constitucional nos ha privado del debido recurso que todos los instrumentos jurídicos nos brindan para combatir los actos judiciales que nos priven de la libertad.¹⁸⁵

Las sorpresas de José Daniel Hidalgo Murillo continúan, algunas partes de las reformas constitucionales, todas ellas principales, le parecen broma, burla, fraude, pena.¹⁸⁶ Intenta remediarlas con su trabajo sobre el código modelo que pasamos a comentar.

b) La prisión preventiva

Recordemos que, como adelantamos en el Capítulo I, la prisión preventiva, en el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio, es considerada y tratada como medida cautelar y, en tal carácter, se le atribuyen las finalidades de

1. Asegurar la presencia del imputado en juicio y en los demás actos en que se requiera su presencia;
2. Garantizar la seguridad de la víctima y testigos de los hechos; y
3. Evitar la obstaculización del procedimiento.

Ese mismo cuerpo modelo establece la posibilidad de modificar, en cualquier estado del proceso, la resolución judicial que hubiera impuesto una medida cautelar personal, por ejemplo, la prisión preventiva.

En todo caso, señala el código, el juez o tribunal puede proceder de oficio cuando favorezca la libertad del imputado. No se podrá ordenar una medida cautelar personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable. En ningún caso la prisión preventiva podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder el plazo de dos años.

A solicitud del ministerio público o del acusador particular, y en la forma, bajo las condiciones y por el tiempo que se determinan en el código modelo, el juez podrá imponer al imputado, después de escuchar sus razones, la prisión preventiva. El ministerio público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando las otras medidas no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

¹⁸⁵ Debido Proceso Penal en el Sistema Acusatorio, editado por Flores Editor y Distribuidor y Universidad Panamericana, pp. 264 y 265.

¹⁸⁶ *Ib.*, pp. 84 y 264.

Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva, misma que deberá ser proporcionada a la pena que pudiera llegar a imponerse, sin que pueda ser superior a dos años.

El código modelo proporciona al juzgador una serie de circunstancias que debe considerar al momento de resolver sobre la prisión preventiva, pretende que la reflexión judicial no divague y se concentre en elementos objetivos, como serían constancias documentales de antecedentes penales, de residencia en lugar determinado, de conducta anterior y durante el proceso; aunque también incluye aspectos subjetivos, menos asibles, como son la amenaza que representa el indiciado para los medios de prueba, para la salud, la tranquilidad o la seguridad de la víctima, la posible influencia que puede ejercer para que testigos, peritos o coimputados declaren falsamente o se inhiban de declarar, y que el indiciado haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Esto último no tiene porque impedir la concesión de la libertad provisional en virtud de que la sentencia previa bien pudo ser absolutoria.

El juez, aun de oficio, impondrá la prisión preventiva si se cumplen los requisitos antes mencionados, en los casos que se investigue homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, y delitos contra el libre desarrollo de la personalidad. Sólo podrán ser considerados delitos cometidos por medios violentos los siguientes, homicidio doloso, secuestro, desaparición forzada de personas, tortura y robo cometido con armas de fuego. Se considerarán delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, dice el modelo, la trata de personas, la pornografía infantil y el lenocinio de menores de edad.

El juez, de oficio o a petición de parte, y en cualquier estado del proceso, revisará, sustituirá, modificará o cancelará las medidas cautelares de carácter personal y las circunstancias de su imposición, cuando hayan variado las condiciones que justificaron su imposición.

La prisión preventiva finalizará cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida; cuando su duración supere el monto de la posible pena; y cuando las condiciones personales del imputado se agraven de tal modo que la prisión preventiva se traduzca en tratos crueles, inhumanos o degradantes.

c) Problemas que ocasiona el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio

El código modelo, de la misma forma que los artículos 18 y 19 de la Constitución Federal, hace prevalecer la probabilidad de culpabilidad sobre la presunción de inocencia, esto es cuando establece que si existen datos que hagan probable la intervención del investigado en la comisión de un delito que merezca pena privativa de libertad, se le aprehenda y se le imponga la prisión preventiva. En el momento en que el código, basándose en probabilidades, autoriza la detención del indiciado, a quien aún no se le ha encontrado culpable en sentencia firme, está desconociendo y violando el principio de presunción de inocencia que establece que mientras no haya sentencia firme que declare responsable al indiciado, éste será considerado y tratado como inocente. Si esta garantía de inocencia en realidad se respeta, cómo entonces puede explicarse que a un inocente se le prive de su más preciado derecho: la libertad.

El código intenta moderar el rigor inquisitorial de la reforma constitucional de junio de 2008, parece que no lo consigue, y sí, en cambio, viola más gravemente los derechos humanos, al establecer normas similares a las que han formado parte de los regímenes inquisitoriales más radicales de nuestro país, después del Santo Oficio de la Inquisición, que funcionó de 1536 a 1810, como lo iremos demostrando en nuestra exposición.

Al igual que los Constituyentes, el código modelo pretende ser el medio de transición de un modelo procesal penal mixto, con tendencia al inquisitorial, que se practica en México, afirmaron, a otro nuevo proceso penal, acusatorio, garantista, adversarial, público, equitativo. Al parecer las cosas no son así. El nuevo proceso penal no es acusatorio, tampoco público, ni adversarial, ni equitativo y menos garantista. Veamos por qué.

El código modelo en su declaración de principios, precisamente en el artículo 2, proclama: Nadie podrá ser sentenciado a una pena sino después de una sentencia o resolución firme obtenida en un proceso tramitado en un marco de respeto irrestricto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución del Estado,¹⁸⁷ los Tratados Internacionales vigentes y en las leyes.

Esta proclama la deja sin efecto en su propio artículo 179, al establecer medidas cautelares restrictivas de la libertad personal, entre las que se encuentra la prisión preventiva que, según reconoció la Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹⁸⁸ es una pena, pena que el código modelo autoriza e impone antes de que exista una sentencia o resolución firme, incluso antes de que se haya tramitado un proceso, falta de proceso que actualiza una de las violaciones más lacerantes contra los derechos humanos, en virtud de que aprisiona a la persona sin respetar su derecho de defensa. Para lo anterior no obsta que en su artículo 3, el código declare que los principios, derechos y garantías previstos por él serán observados en todo proceso penal y en todas las etapas procesales.

En el artículo 4 declara que el proceso será acusatorio, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad, igualdad de las partes e intermediación.

Esta declaración la anula el propio código modelo, al crear normas que mandan la coincidencia o asociación entre el juez y el acusador, que autorizan actuaciones y resoluciones secretas, que niegan el derecho de defensa, que ordenan la suspensión del proceso a conveniencia del acusador, que fingen ignorar el vergonzoso desequilibrio que existe entre las partes y que provocan la falta de intermediación judicial integral, entre otras preocupantes cosas.

El código modelo en su artículo 130 establece que el ministerio público llevará a cabo su investigación secretamente, sin informar y mucho menos dar oportunidad de defenderse, a la persona contra quien dirige su investigación, y una vez que tenga datos

¹⁸⁷ Dependerá del particular Estado de la Federación en el que se esté implantando el código modelo.

¹⁸⁸ Prisión Preventiva. Su no contradicción con la garantía de audiencia deriva de los fines que persigue y no de su carácter tutelar. "Es decir, en esta hipótesis la prisión preventiva pierde su carácter provisional; se reconoce que ésta y la prisión punitiva son idénticas." Amparo en revisión 1028/96. Unanimidad de diez votos. Novena Época, Instancia: Pleno.

que hagan probable la participación del investigado en la comisión de un delito, también en secreto irá con el juez de control y con él, en secreto los dos, elaborarán la orden de aprehensión en contra del investigado, quien será aprehendido y después de asegurado, ya en prisión, será informado de que en su contra, secretamente, el ministerio público, con la colaboración de su policía y la autorización del juez de control, ha llevado a cabo una investigación que lo encuentra probablemente relacionado con la comisión de un delito y que en ese momento se le da oportunidad para que exprese lo que le convenga, mientras que al ministerio público se le requiere para que haga formal la imputación que permitirá al juez de control vincular a proceso al imputado y aplicarle, oficiosamente o a petición del ministerio público, de la víctima del delito o de ambos, la prisión preventiva, medida restrictiva de la libertad que también puede decretar el juez de control cuando el imputado es puesto a su disposición por haberlo detenido la policía, siguiendo órdenes del ministerio público, en caso urgente o por haberlo recibido en caso de flagrancia. Lo importante aquí es que, contra lo que enarbola el código modelo como principios de publicidad, contradicción, igualdad, defensa, neutralidad del juez; en sus artículos 130 y 187 autoriza las actuaciones secretas entre ministerio público y juez para garantizar la privación de la libertad y el castigo de la persona investigada.

Con el proceso penal reformado no puede pensarse que se cumplan los principios de contradicción e igualdad de las partes, en virtud de que las Procuradurías Generales de Justicia de los Estados y de la República, son dependencias directas y esenciales de los Poderes Ejecutivos respectivos y siempre serán más poderosas que el reo, como se vio en la parte introductoria y se irá exponiendo a lo largo de esta investigación. En el proceso criminal nunca habrá igualdad entre las partes, menos aun cuando el procesado se encuentre prisionero y el ministerio público libre y con el apoyo voluntario y obligado de todas las personas particulares, así como de todas las instituciones públicas: municipales, estatales y federales.

El principio de inmediación tampoco lo cumple el código modelo, debido a que el juez que juzgará al procesado no es el mismo que ordenó o ratificó su aprehensión, le escuchó contestar el cargo, le impuso la prisión preventiva, lo vinculó a proceso, conoció de la acusación, depuró los puntos del debate, admitió pruebas; ese juez, con el que ha venido estando relacionado el procesado, con quien ha tratado, quien ha conocido de las etapas procesales de investigación, expositiva, y probatoria en parte, turnará el expediente a otro juez, al que se hará cargo de la audiencia oral, que será quien, después de recibir y valorar las pruebas, dicte la sentencia. Por estas sustituciones de los órganos jurisdiccionales, es que no puede decirse que el nuevo modelo procesal cumpla con el principio de inmediación, pues el juez resolutor no ha tenido conocimiento inmediato del proceso ni ha estado inmediatamente relacionado con las partes; sólo desahogará las pruebas y dictará la resolución definitiva. Es así como se reactiva la mecanización que siempre se había tratado de evitar en el procedimiento penal.

El principio de continuidad también se ve contrariado por las figuras de la oportunidad del ejercicio de la acción penal y de la suspensión del proceso, ambas por decisión y a conveniencia del ministerio público, con la aquiescencia del juez de control, según lo expresamente establecido por los artículos 98, 99 y del 115 al 121 del código modelo.

En el artículo 8, el código modelo reconoce que toda persona se presume inocente, en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su responsabilidad en sentencia firme y que en caso de duda se estará a lo más favorable para el imputado, así como que en la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad.

El código está muy lejos de cumplir los principios de que hace gala. En realidad desconoce y viola la presunción de inocencia, esto lo hace precisamente en su artículo 189, numeral en el que admite que a solicitud del ministerio público o del acusador particular, el juez podrá imponer al imputado, después de escuchar sus razones, la prisión preventiva. Si en verdad presumiera su inocencia no tendría por qué privarlo de su libertad antes de que se declarara su responsabilidad en sentencia firme. Al procesado se le presume inocente y deberá garantizársele la libertad en todas las etapas del proceso, porque así expresamente lo ordenan la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido ni apresado.” Artículo 9, y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Nadie podrá ser privado de la libertad, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.” Artículo 14, segundo párrafo. Se le presume inocente y debe ser tratado como tal, mientras no sea juzgado, sentenciado y encontrado culpable. El código modelo, violando la Declaración Universal, la Constitución Federal y su propio artículo 8, ignora la presunción de inocencia e impone al procesado la presunción de responsabilidad, al establecer, en sus artículos 186,1,a y 193, que cuando exista probabilidad de que el investigado haya cometido un delito, se le aprehenda y se le sujete a prisión preventiva.

El código modelo, en su artículo 186,1,a; manda que en caso de duda se esté a lo más perjudicial para el imputado, esto es así porque dispone que si hay probabilidad de que el reo haya cometido un delito, se le imponga la prisión preventiva. Siendo que esa probabilidad, en el peor de los casos, sería equivalente a la presunción de inocencia y si por un lado es probable la comisión del delito y por el otro existe la presunción de inocencia, se genera una situación de duda, que debe resolverse en favor del reo, según expresamente lo manda el artículo 8 del código modelo, y, en consecuencia, prevalecería la presunción de inocencia, haciendo jurídicamente improcedente la imposición de la prisión preventiva.

La probabilidad de responsabilidad también deviene en jurídicamente inaceptable porque expresamente la prohíbe el mismo artículo 8: “En la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad.”

Si tenemos la presunción de inocencia por un lado y la probabilidad de la responsabilidad por el otro, y sabremos cuál de las dos figuras prevalece sólo hasta que contemos con una sentencia firme, la cuestión debe resolverse en la forma que más favorezca a la persona o que menos le perjudique, esto en aplicación estricta de los principios *in dubio pro reo* y *pro homine*. En consecuencia, no puede decretarse la prisión preventiva, debe decretarse la libertad provisional con la condición o caución que el juez determine y que el procesado debe aportar.

En el artículo 9 expresa: las audiencias serán públicas.

Eso es inexacto. Las audiencias que celebran el ministerio público y el juez para investigar y detener al denunciado son secretas. En las audiencias más importantes de la etapa de investigación se guarda reserva y confidencialidad respecto del indiciado y su defensor, a quienes no se les informa de actuaciones, registros o documentos que obran en el expediente o carpeta de investigación y mucho menos se les permite intervenir, contradecir, ni ejercer el derecho de defensa. Esto lo autoriza el artículo 242, apartado 3, del código modelo, instrumento que fija un plazo de cuarenta días para ese secreto procesal, confidencialidad o reserva que podrá ser ampliada por autorización del juez de garantía, órgano jurisdiccional que estará también obligado a guardar el secreto procesal, porque así se lo ordena el apartado 7 de ese numeral 242. Tampoco es pública para el procesado, la audiencia en la que el ministerio público se entrevista con el juez para que éste libre la orden de aprehensión o imponga otras medidas cautelares, que sólo se arreglan entre el juez y el acusador. La orden de aprehensión se resuelve en audiencia privada entre el juez y el ministerio público, según literalmente lo dispone el artículo 187, apartado 1 del código modelo.

Igualmente secretas para el procesado serán las diligencias que practique el ministerio público en la fase de investigación, a las que convocará al procesado sólo si su presencia le resulta útil. Artículo 244, apartado 3 del código modelo.

En el artículo 10 el código establece que las medidas cautelares restrictivas de la libertad tienen carácter excepcional.

Contrariamente a lo anterior, en el artículo 193 ordena que la prisión preventiva, que es la medida más restrictiva de la libertad, se aplique a todos los procesados y, en el mejor de los casos, a más del 90% de ellos. Ese altísimo porcentaje corresponde a los delitos que tienen señalada pena privativa de libertad, mientras que el 100% corresponde a los que merecen pena privativa de libertad, prisión preventiva oficiosa y prisión preventiva a solicitud de parte: ministerio público, acusador particular y acusador popular.

El señalamiento que hace el código modelo en su artículo 10, en el sentido de que la prisión preventiva tiene carácter excepcional también es falso. Para constatarlo basta tener presente que el propio código en su artículo 193, establece que la prisión preventiva se impondrá cuando el delito merezca pena privativa de libertad, y al analizar los delitos en los diversos códigos penales del país, encontramos que más del 90% de ellos tiene señalada pena privativa de libertad. ¿En dónde entonces quedó el carácter excepcional que tanto proclaman?

En el artículo 12 declara que la defensa es un derecho en toda etapa del proceso y que corresponde al ministerio público y a los jueces garantizarla, esto es demagogia, cómo puede el acusador garantizar los intereses de su contrincante que es el reo y cómo puede hablarse del derecho de defensa y su garantía cuando el nuevo sistema procesal penal niega cualquier posibilidad de defensa, pues fomenta la unión del acusador y el juzgador para actuar secretamente, a espaldas del procesado y en su contra, esto sucede en la etapa de investigación, en la que deciden y llevan a cabo el arraigo del procesado, su detención, su retención, su aprehensión, su prisión preventiva, así como la práctica de otras diligencias que serán utilizadas en su contra; además de que se le ocultarán actuaciones, registros, documentos, diligencias, es decir, todo; por decisión del ministerio público, con el aval del juez y con la autorización del código procesal penal

modelo, según disposiciones expresas de sus artículos 242, apartado 3 y 244, apartado también 3.

Al indiciado se le priva de movimiento y de cualquier posibilidad de preparar su defensa, de buscar sus pruebas, de financiar su proceso, de comunicarse con sus familiares, mientras que el ministerio público, tiene el apoyo de todos los órganos públicos municipales, estatales y federales, en términos de lo ordenado por su propia ley orgánica; así como de todos los particulares, a quienes si no colaboran les puede abrir una investigación por encubrimiento, por no colaborar con la procuración de justicia o por delitos en contra de la administración de justicia.

En el artículo 19 el código modelo dispone que todas las personas son iguales ante la ley y deberán ser tratadas conforme a las mismas reglas y que los jueces deben preservar el principio de igualdad procesal y allanar los obstáculos que impidan su vigencia o la debiliten.

Cómo puede hablarse de igualdad cuando quienes litigan en materia penal es, por una parte el Gobierno con el auxilio voluntario y forzoso de todos los particulares, y por la otra una persona o grupo probablemente criminal, a quien se le ha privado de su libertad y de casi todos los demás derechos fundamentales. El ministerio público, el juez, el acusador particular y el acusador popular unen fuerzas para investigar, detener, retener, aprisionar, acusar y castigar al procesado.

El artículo 179 señala que las medidas cautelares (entre ellas la prisión preventiva), tendrán como finalidad: asegurar la presencia del imputado en juicio y los demás actos en que se requiera su presencia, garantizar la seguridad de la víctima y testigos de los hechos, y evitar la obstaculización del procedimiento; que la resolución judicial que imponga una medida cautelar o la rechace, es modificable en cualquier estado del proceso, y que en todo caso el juez o tribunal puede proceder de oficio cuando favorezca la libertad del imputado.

La presencia del procesado en el juicio se encuentra garantizada por su interés de no resultar condenado y de cualquier modo, si llegara a ausentarse del proceso y el juicio se tramitara en su rebeldía, no se vería más perjudicado de como se ve con la prisión preventiva. La seguridad de la víctima del delito, de los testigos y de los terceros no puede ser a costa de la libertad personal del procesado, es el Estado y sus fuerzas públicas quienes deben garantizar la seguridad de todos, y es responsabilidad del órgano jurisdiccional el debido desarrollo del procedimiento. En ningún momento del proceso habrá certeza, dado que el código autoriza al juzgador para que imponga la prisión preventiva en cualquier estado del juicio, sin importar que antes la hubiera negado, la amenaza siempre penderá sobre el procesado.

La experiencia nos muestra que la prisión, tanto preventiva como definitiva, sólo contribuye al aumento de la criminalidad, la víctima no estará segura, por más que el indiciado se encuentre en prisión, pues quien se proponga causarle daño lo puede hacer más impunemente desde el interior de la prisión que desde el exterior. La seguridad de la víctima y los terceros sólo se garantizará cuando el Estado y sus dependencias cumplan sus respectivas obligaciones.

El desarrollo del proceso y el éxito de la investigación son responsabilidad del juez y del ministerio público, respectivamente. No pueden culpar al indiciado por sus respectivos y públicos fracasos.

La facultad para que el juez actúe de oficio cuando favorezca la libertad del imputado es una ilusión. Los jueces casi nunca han utilizado sus facultades para beneficiar a los procesados, los han visto como enemigos públicos, además se sienten amenazados de ser denunciados por corrupción, por incompetencia, por actuar contra la administración de justicia, así que prefieren no arriesgarse y actuar como les exige el Poder Ejecutivo, o sea, reteniendo al procesado. Como ejemplo podemos mencionar el hecho que tuvo lugar la segunda semana del mes de julio de 2011, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, orientada por varias sentencias condenatorias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en contra del Gobierno Mexicano y sus fuerzas represivas, resolvió que los militares acusados de violar derechos humanos debían ser juzgados por el fuero civil y no por el fuero militar que sólo los encubría. La reacción del Poder Ejecutivo Federal, en la persona del Presidente de la República, no se hizo esperar, en esa misma semana advirtió que su Procuradora General, galardonada por el Gobierno de los Estados Unidos de América, procedería en contra de los Jueces Federales respecto de quienes se consiguieran indicios de corrupción. Estos arrebatos no son nuevos en nuestro sistema, hoy sólo se invocan para fundamentar nuestra aseveración de que los jueces, para no arriesgarse a verse investigados y, en su caso, procesados, justa o injustamente, prefieren cargarle al sujeto más débil de la relación, es decir, al indiciado. Eso mismo hizo el Juez Vigésimo Quinto de Paz Penal, sólo dos semanas después de la amenaza presidencial, condenó al procesado, por andar poniendo anuncios donde no debía, a 1955 años de prisión. Él no corre riesgos.

La facultad que el código modelo confía al juez para actuar oficiosamente en favor de la libertad del procesado, finge emparejar las cosas con el mandato expreso que la Constitución Federal impuso al juez de decretar oficiosamente, entiéndase forzosamente o sin solicitud de parte, la prisión preventiva de los procesados relacionados con delitos especialmente señalados por el constituyente y con los delitos que establezca la legislatura de cada uno de los Estados que componen la Federación.

El artículo 180 prohíbe las medidas cautelares personales cuando resulten desproporcionadas en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su realización y la sanción probable. En ningún caso, estipula el código, la prisión preventiva podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder el plazo de dos años si no es para beneficiar la defensa del procesado.

En todos los casos la prisión preventiva es desproporcionada, porque mientras que no se tramite un procedimiento judicial que respete las formalidades esenciales, que concluya en sentencia firme que declare responsable al procesado, todo previamente a la privación de su libertad, la prisión preventiva siempre será desproporcionada y antijurídica. El indiciado es inocente y, en consecuencia, no puede verse perjudicado por un delito que aún no se ha determinado con certeza que haya sido perpetrado y mucho menos se ha establecido, con las formalidades legales exigidas, que su realización sea responsabilidad del procesado.

En la primera parte de su artículo 189, el código modelo trata desesperadamente de convencernos de que impone al juez una exhaustiva serie de condiciones para la prisión

preventiva, enfáticamente señala que a solicitud del ministerio público o del acusador particular, y en la forma, bajo las condiciones y por el tiempo que se determina en ese código, después de escuchar las razones del procesado, le impondrá la prisión preventiva. Esos aparentes exhaustivos requisitos se reducen a que el delito merezca pena privativa de libertad, que la merece en más del 90% de los casos. Escuchar las razones del procesado casi está de más, pues el procesado ya se encuentra detenido, por flagrancia, por caso urgente o por orden judicial. Ya obran en su contra los elementos que el ministerio público reunió en su contra, que motivaron la orden de aprehensión y la puesta a disposición del órgano jurisdiccional. La situación del retenido no va a modificarse por las razones que exponga ante el juez, razones que no pueden ser de mucha ayuda, pues se deben exponer durante los diez o quince minutos que el juez brinda al detenido en la audiencia, con la presión, temor, intranquilidad y desconcentración que afectan a la persona que se encuentra detenida y a quien apenas unos minutos antes se le informó de la imputación que existe en su contra, de las pruebas que le incriminan, de la oportunidad que tiene de expresar lo que a su interés convenga. Las situaciones anteriores impiden considerar como una auténtica oportunidad de defensa, la precaria intervención que tiene el reo, que resulta del todo incapaz para contrarrestar o contradecir las actuaciones que en su contra acumularon, en las fases procesales anteriores, el ministerio público, sus auxiliares y el propio juez. Los mismos elementos que sirvieron al juez para ratificar la detención o para ordenarla, servirán para disponer su continuación, esta vez en forma de prisión preventiva.

En su segunda parte, el artículo 189 establece que el ministerio público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando algunas otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado se encuentre siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

El ministerio público tiene asegurada la procedencia de su solicitud, en virtud de que la seguridad de la víctima, de los testigos y de la comunidad se encuentran en constante riesgo, claro que no por causas imputables al procesado, sino por la incapacidad del Estado para brindar la seguridad que está obligado a proporcionar a toda la población. ¿Cómo puede justamente castigarse al procesado por el hecho de que la investigación no se desarrolle exitosamente?, cuando en ella él no interviene, es más, ni siquiera ha sido notificado de que tal investigación existe, pues la llevan en secreto el ministerio público y el juez, binomio del poder que es el único responsable del desarrollo de dicha fase procesal. El discurso que maneja el código modelo y otros ordenamientos jurídicos, en el sentido de que la prisión preventiva tiene como principal objeto garantizar la presencia del procesado en el juicio, para que así se pueda defender y de esa manera se le garantice su derecho de defensa, es insostenible, debido a que es precisamente la prisión preventiva la que priva al prisionero de todos los derechos de defensa, pues le impide buscar y conseguir pruebas, tener la concentración necesaria para preparar sus intervenciones ante el juez, le priva de movimiento y de la libertad de tránsito, entre otras cosas, indispensables para realmente participar en el proceso. Quien se encuentra prisionero está imposibilitado para intervenir debidamente en el proceso, la prisión le arrebató todas las condiciones físicas, anímicas y sociales que requiere cualquier litigante, más aun en la materia penal, en donde el objeto litigioso o pretensión, es la libertad personal. Miente quien dice que la prisión garantiza el

desarrollo del proceso, en realidad es la negación de la relación procesal. Sobre estos temas volveremos más adelante.

Bastará al ministerio público negar que exista otra medida suficiente para garantizar todos los bienes que, como condición para el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución, exigen la Constitución Federal y el código modelo, para ganar la partida, ya que con el argumento negativo que le facilitan ambos ordenamientos jurídicos, invertirá el deber de probar, que originalmente le obligaba, pero como la Constitución y el código modelo elaboran la hipótesis en sentido negativo: no haya otras medidas, la carga de la prueba se invierte por el argumento negativo y la dejan caer sobre el procesado, quien, para salir de prisión tendrá que probar que sí hay otras medidas para garantizar el desarrollo del proceso, la seguridad de la víctima, los testigos, los peritos, los terceros, la sociedad, bienes que ningún Estado del mundo, tampoco el mexicano, ha podido proteger, y que ahora pretenden que los garantice el indiciado.

En el diverso 193 del código modelo, que va a tratar de imponerse a todos los Estados de la Federación, aparece que sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva, medida que deberá ser proporcionada a la pena que pudiera llegar a imponerse, sin que pueda ser superior a dos años. El código modelo ya consiguió sustituir al modelo procesal penal anterior en varios Estados de la Federación,¹⁸⁹ lo logró, gracias a la labor conjunta de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, formada por Presidentes, Magistrados y Jueces de los Tribunales Superiores de Justicia de todos los Estados de la Federación, y a su Grupo de Trabajo; organizaciones que se han encargado de cristalizar las reformas que en materia de derecho penal procesal se hicieron a la Constitución, el año 2008.

El artículo 194 del código modelo dispone que para decidir si está garantizada la comparecencia del imputado en el proceso y la protección de víctimas, testigos y la comunidad, el juez tomará en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias: a) la existencia de antecedentes penales, b) el arraigo en el lugar del juicio, c) la magnitud de las penas que podrían imponerse, d) la magnitud del daño que debe ser resarcido, e) el comportamiento del imputado durante el proceso, f) la inobservancia de medidas cautelares anteriores, g) el desacato a citaciones, h) la amenaza a medios de prueba, i) el peligro para la salud, la tranquilidad o la seguridad de la víctima, por las circunstancias del hecho, j) la posible influencia para que testigos, peritos o coimputados declaren falsamente o dejen de declarar, y k) que el procesado esté siendo juzgado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Este artículo, además de desconocer la presunción de inocencia, incorpora algunos elementos ajenos al proceso actual, como son los antecedentes penales, los procesos terminados o pendientes distintos a aquel en el que va a resolverse la cuestión de la prisión preventiva, todos ellos son extraños a la causa que se juzga y, en consecuencia, no tienen por qué pesar en el juicio que sobre la prisión preventiva va a emitirse en el procedimiento actual. Los antecedentes penales, la cosa juzgada y la litispendencia, como los propone el código modelo, violan el principio *ne bis in idem* (no dos veces sobre lo mismo), en virtud de que a los mismos hechos que fueron materia de otro proceso los utilizarán el ministerio público y el juez, por segunda ocasión, esta vez para decretar la prisión preventiva,

¹⁸⁹ Tenemos que el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, ya está aplicándose en los Estados de Baja California, Chihuahua, Durango, México, Morelos, Oaxaca y Zacatecas.

ignorando que, en su caso, la misma falta no puede generar dos castigos. El código modelo es incongruente con lo que preceptúa en su propio artículo 20. El arraigo en el lugar del juicio, la amenaza a medios de prueba, la tranquilidad de la víctima, la posible influencia sobre otros sujetos procesales, son cosas tan subjetivas que el juez puede, a partir de su análisis, llegar a cualquier conclusión, y tomando en cuenta la experiencia, junto con el dato de que los jueces condenan al 95% de los procesados, no queda más que admitir que la subjetividad de estas circunstancias va a ser aprovechada por los órganos jurisdiccionales para imponer la prisión preventiva. En lo que se refiere a la magnitud de las posibles penas y de los daños, si admitimos que sean tomados en cuenta para determinar la prisión preventiva, entonces estaríamos considerando como acreditada plenamente la responsabilidad del procesado, aun cuando no ha sido juzgado y su presunción de inocencia tampoco ha sido jurídicamente quebrantada.

En el artículo 195, señala: El juez, aun de oficio, impondrá la prisión preventiva si se cumplen los requisitos previstos en los artículos precedentes, en los casos que se investigue homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos y delitos contra el libre desarrollo de la personalidad. Puntualiza, sólo podrán ser considerados delitos cometidos por medios violentos los siguientes, Homicidio doloso, secuestro, desaparición forzada de personas, tortura, robo cometido con armas de fuego. Se considerarán delitos contra el libre desarrollo de la personalidad: trata de personas, pornografía y lenocinio estos dos últimos en agravio de menores de edad.

Esta cuestión de la oficiosidad de la prisión preventiva que la Constitución y el código modelo le ordenan al juez, ha sido considerada, por un sector, como una obligación del juez de decretar la prisión preventiva cuando se investiguen los delitos que se relacionan, mientras que otro sector considera esa oficiosidad como la posibilidad de que el juez, sin petición, decrete la prisión preventiva. Ambas consideraciones son igual de violatorias de derechos humanos, así como de las reglas básicas del sistema penal acusatorio. Veamos por qué.

Si aceptamos la oficiosidad del juez para decretar la prisión preventiva, estaríamos violando el principio fundamental del sistema acusatorio penal, consistente en que el juez no puede asumir funciones de parte, en este caso de la acusadora, porque el rasgo característico del sistema acusatorio es la neutralidad del juez y la prohibición de que vaya más allá de lo que le pidan las partes, principios y características esenciales que se verían atropellados por la decisión oficiosa o forzosa del juez sobre una de las principales instituciones del proceso penal que es la prisión preventiva. Si consideramos que la oficiosidad que la Constitución manda al juez no es forzosa, sino que se refiere a que el juez prescinda de la solicitud de parte para resolver la prisión preventiva en los casos que expresamente se señalan, tendremos que aceptar que el juez se ha convertido en acusador, estaría ejerciendo funciones propias y exclusivas del ministerio público y de la policía, consistentes en el aseguramiento de los probables responsables, estaría ordenando y decidiendo sin instancia de parte, con lo que negaría la esencia del auténtico modelo acusatorio. En ambos casos el juez estaría contrariando instituciones fundamentales del sistema acusatorio, en el primer caso también perdería la jurisdicción que le habrían arrebatado el Constituyente y los legisladores secundarios, en lo que a la prisión preventiva se refiere. En el segundo supuesto, consistente en que el juez puede

actuar sin instancia de parte,¹⁹⁰ estaríamos reconociendo que la reforma constitucional de 2008, en realidad impuso el sistema inquisitivo penal, de ninguna manera el acusatorio, que la reforma de 2008, es más violatoria de los derechos humanos de lo que era el sistema anterior.

El diverso 203 dispone: El juez de oficio o a petición de parte y en cualquier estado del proceso, revisará, sustituirá, modificará o cancelará las medidas cautelares de carácter personal y las circunstancias de su imposición, cuando hayan variado las condiciones que justificaron su imposición. El comentario que se vertió para el artículo 195 aplica para este dispositivo 203.

En el artículo 204, establece que la prisión preventiva finalizará: cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida; cuando las condiciones personales del imputado se agraven de tal modo que la prisión preventiva se traduzca en tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El primer supuesto de este artículo 204, es una ilusión, tan irrealizable como el desvanecimiento de datos, la libertad que ha de ordenar el carcelero cuando en el plazo legal no reciba el auto de formal prisión o el de vinculación a proceso, o como el de reconocimiento de inocencia. La facilidad con que se impone la prisión preventiva contrasta con la dificultad para revocarla.

El segundo supuesto se actualiza en todos los casos y vemos que para ninguno de ellos finaliza la prisión preventiva. México es uno de los países más acusados y condenados internacionalmente por los tratos crueles, inhumanos y degradantes que propina a los internos en sus centros penitenciarios federales y estatales.

El juez de control sólo legitima las violaciones de derechos fundamentales que llevan a cabo la policía, el ejército, la marina y el ministerio público, en las fases previas al juicio.

En el nuevo proceso penal se intenta responsabilizar y castigar al ciudadano por culpas del Estado. Se le niega la libertad provisional bajo caución, porque el Gobierno, con todo y sus ministerios públicos, sus jueces, su policía y demás cuerpos represivos, es incapaz de garantizar la eficiencia y la eficacia del ministerio público, de los jueces, de la policía; por eso ordenan que mientras no estén garantizados la investigación, el proceso, la seguridad de la sociedad; el indiciado se quede preso.

Se utilizará al juez de control para que convalide los actos violatorios de derechos fundamentales, que perpetran los cuerpos represivos: marinos, militares, policías y ministerios públicos; quienes escapan al control civil.

Hasta aquí algunos problemas que pueden presentarse con el nuevo proceso penal “acusatorio”, pasemos ahora a ver sus fortalezas.

¹⁹⁰ Este segundo criterio lo adoptó el Estado de Durango y el maestro Hesbert Benavente Chorres lo considera acertado, según puede verse en *El Amparo en el Proceso Penal Acusatorio y Oral*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2010, p. 241. Por contrariar los fundamentos del sistema procesal penal acusatorio, tanto el legislador de Durango, como el maestro Hesbert, están equivocados.

**d) Fortalezas del Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio
para los Estados de la Federación**

- a) Concreta las reformas que en el año 2008 se le hicieron a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El código propone el contenido de las leyes procedimentales que habrán de cumplir el mandato que a las Legislaciones Estatales se les dio desde la Constitución Federal, en el sentido de que se adecuaran a la norma fundamental en el plazo de ocho años, a fin de nacionalizar el sistema procesal penal acusatorio. El ordenamiento modelo impedirá los desvíos, los excesos, las carencias y, sobre todo, las disposiciones contradictorias o ambiguas.

- b) Atempera el rigor de las reformas constitucionales.

Equilibra la relación entre los sujetos del proceso penal, por ejemplo, cuando dispone que el juez podrá, oficiosamente, revisar y modificar su decisión sobre la prisión preventiva. Así empareja las cosas que se habían tornado notoriamente inequitativas con la oficiosidad que la Constitución dispuso para el juez en cuanto a la decisión de la prisión preventiva para ciertos delitos que el texto constitucional expresamente determinó.

- c) Adecua las reformas al sistema jurídico.

Incorpora a los ordenamientos jurídicos nacionales las normas constitucionales reformadas. Lo hace con la intención de prevenir violaciones a los derechos fundamentales; establece criterios y circunstancias que deberán ser tomados en cuenta por el juez al momento de dictar resoluciones de singular importancia; como son el arraigo, la prisión preventiva y las demás medidas cautelares que restrinjan la libertad personal.

- d) Protege los derechos humanos.

Reconoce la antinomia entre los derechos humanos y la necesidad de prevenir y sancionar conductas que actualicen los presupuestos del derecho punitivo. Se esfuerza por hacer excepcional, proporcionada y por el tiempo indispensable a la prisión preventiva.

Procura que los efectos de esta medida extrema sean lo menos perjudiciales para el sujeto y para la sociedad. A partir de reconocer la contradicción entre la presunción de inocencia y la necesidad de brindar seguridad a la víctima del delito, así como a los terceros, propone diversas soluciones, sin atreverse a negar la contradicción entre esos dos derechos fundamentales: libertad y seguridad, contradicción que sí es negada por algunos teóricos.¹⁹¹

¹⁹¹ Heshbert Benavente Chorres, en El Derecho Constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales, publicado en la Revista Estudios Constitucionales, vol. 7, número 1, sin mes, 2009, pp. 59-89, Centro de Estudios Constitucionales, Chile; afirma que el principio de inocencia es relativo y compatible con la prisión preventiva (p. 75). También asegura que la creciente sospecha sobre el procesado y su consecuente prisión preventiva, no son contrarias a la presunción de inocencia (Ib.). Afirmaciones que no respalda con argumento alguno. Asimismo sostiene que el principio *in dubio pro reo* es sólo para la sentencia, no para el procedimiento, que para el procedimiento lo que aplica es la presunción de inocencia, tampoco aporta razones para defender tales afirmaciones, que también son del todo erróneas. La presunción de inocencia, como cualquier otro derecho humano no puede relativizarse sin desnaturalizarse, se tiene o no se tiene, pero no se tiene a medias. Una sentencia firme lo extingue, pero mientras esa sentencia firme no exista el derecho

e) Previene los excesos en la aplicación de las reformas.

Aparte de fijar límites para el ministerio público y el juez, incorpora figuras procesales que devuelven la igualdad y equidad procesales entre las partes, por ejemplo cuando prohíbe al ministerio público ejercer atribuciones judiciales, al sujetar las acciones del ministerio público que restrinjan la libertad, al control del juez de garantías.

f) Orienta el estudio, la creación y la práctica del derecho nacional hacia el sistema acusatorio.

Con reuniones, pláticas, debates, discusiones, estudio, convocatoria y concertaciones con todos los actores sociales.

g) Previene los abusos del ministerio público y la policía.

Con la incorporación de un juez de garantías que controlará las actuaciones más delicadas de la investigación, la imputación y la vinculación a proceso. Las decisiones relativas no estarán en manos únicamente de los acusadores y persecutores. En adelante será un órgano jurisdiccional quien supervise el cumplimiento de los derechos fundamentales, sobre todo de aquellos que restrinjan la libertad de las personas.

Exige al ministerio público fundar y motivar debidamente sus requerimientos, dictámenes y resoluciones, prohibiéndole actuaciones de machote o simple relleno de formularios.

Prohíbe al ministerio público tener acceso al juez secretamente o en forma solitaria.

h) Fomenta la moderación, la revisión y la modificación de la prisión preventiva.

Faculta al juez para que oficiosamente o a petición de parte revise el estado procesal y verifique si continúan prevaleciendo las circunstancias que existían y que motivaron su decisión de decretar o negar la aplicación de la prisión preventiva, si dichas circunstancias han variado y justifican la modificación de su primigenia decisión; el juez cuenta ahora con la autorización necesaria para modificar, fundada y motivadamente, las medidas cautelares personales que hubiera decretado.

i) Fomenta el respeto al debido proceso.

Precisa plazos y condiciones para la actuación del ministerio público y del juez, reglas que garantizan el cumplimiento de las formalidades esenciales del proceso y aseguran el derecho de defensa.

j) Controla los actos que afectan derechos humanos.

humano a ser considerado y a ser tratado como inocente se tiene en todo momento y plenamente. La prisión preventiva es la negación del principio de inocencia. El principio *in dubio pro reo* aplica en todas las fases del proceso, a partir de que el interpelado es citado ante el ministerio público o ante el órgano jurisdiccional, se le ha relacionado con el proceso, se le ha enredado, a partir de entonces es reo y el principio general del derecho penal *in dubio pro reo* le es aplicable en todo momento que sea reo, admitir la opinión de Benavente sería aceptar, entre otras contradicciones, que en la etapa de investigación o de averiguación previa no puede invocarse el principio en comento. El maestro Hesbert afirma que es posible afectar la libertad personal sin vaciar de contenido el derecho a la presunción de inocencia, en dos situaciones: a) en la aplicación de la prisión preventiva y b) en la ejecución de una sentencia (p. 77). En la primera situación la afirmación del maestro es falsa, porque la presunción de inocencia obliga a tratar como inocente a quien no ha sido vencido en un proceso que culmine con sentencia firme que destruya la presunción de inocencia y establezca la responsabilidad. La segunda situación también es desafortunada en razón de que la sentencia firme extingue la presunción de inocencia, ésta ha dejado de existir y, en consecuencia, ya no hay contenido que vaciar.

El código modelo limita las actuaciones de ministerios públicos, jueces y acusadores particulares. Las circunscribe al marco de respeto a los derechos humanos.

k) Previene violaciones a la libertad personal.

Exige el cumplimiento del debido proceso, la proporcionalidad, la excepcionalidad, la última razón, etcétera, todo para garantizar la libertad personal hasta donde sea humanamente posible.

l) Unifica la legislación nacional.

Concreta un viejo anhelo nacional, consistente en unificar la legislación, no podemos seguir teniendo treinta y tres códigos de procedimientos penales.

m) El ministerio público y los jueces van a garantizar el derecho de defensa. Artículo 12, apartado 1.

n) El juez se conducirá imparcialmente. Artículo 14.

o) El juez de garantía controlará los actos del ministerio público, de su policía y de sus otros auxiliares, que impliquen restricción a los derechos subjetivos públicos, reprimiendo los que sean abusivos. Artículo 130.

p) La investigación del ministerio público deberá referirse tanto a los elementos de cargo como a los de descargo. Artículo 132, apartado 3.

q) Las actuaciones del ministerio público serán objetivas, nunca dogmáticas. Artículo 133.

r) El ministerio público por fin asumirá su carácter de buena fe.

Podrá requerir, si las actuaciones lo exigen, el sobreseimiento, la absolución o una pena más leve. Es Garante Social, tanto de la víctima como del procesado, aunque frecuentemente olvida a este último. Artículo 132, apartado 4.

s) Los jueces ejercerán su función sin intromisiones de los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

El Presidente de la República no podrá amenazar con investigar y procesar a los Órganos Jurisdiccionales cuando no se conduzcan de acuerdo a las expectativas del Ejecutivo Federal. Artículo 15.

Como anexo 3 hemos incluido un análisis de la forma como siete Estados de la Federación han acogido las reformas constitucionales y la orientación que brinda el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio. El anexo puede ser consultado en la sección final de esta investigación.

e) Síntesis

El Código Modelo, las reformas constitucionales que lo originan y las legislaciones estatales que los adopten, representan graves amenazas contra los derechos humanos.

Capítulo VI

Solución de las Antinomias Constitucionales

a) Presentación

El modelo elaborado por Norberto Bobbio para detectar antinomias normativas e inconsistencias de los ordenamientos jurídicos, que fue presentado en el Capítulo II de esta investigación, lo aplicaremos a los artículos 14, 18 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo que se refieren a la prisión preventiva, a fin de determinar si están afectados por antinomias y, en caso de que la respuesta sea afirmativa, buscaremos la solución a partir de los elementos de conocimiento que hemos venido exponiendo a lo largo de este trabajo. En el presente capítulo retomaremos y aprovecharemos las estructuras antinómicas que quedaron planteadas en el mencionado capítulo II, y trataremos de darles solución argumentativa y teóricamente. En el capítulo VIII la solución que proporcionemos habrá de ser práctica.

b) Desarrollo

Si el artículo 14 constitucional no puede aplicarse al mismo tiempo que los artículos 18 y 19 también constitucionales, si el artículo 14 prohíbe hacer alguna cosa y los artículos 18 y 19 ordenan hacer esa misma cosa, si los artículos 14, 18 y 19 pertenecen al mismo ordenamiento y tienen el mismo ámbito de validez, la Constitución, en estos artículos, presenta un problema de antinomias.

De aplicarse el artículo 14 no sería posible la aplicación de los artículos 18 y 19 y viceversa. Si en acatamiento a la prohibición del artículo 14, nos abstenemos de decretar la prisión preventiva, estaríamos violando los artículos 18 y 19 que ordenan al juez decretar la prisión preventiva. Si obedeciendo lo que ordenan los artículos 18 y 19, decretamos la prisión preventiva, estaremos infraccionando el artículo 14. La primera condición se cumple

El artículo 14 prohíbe la prisión preventiva, mientras que los artículos 18 y 19 la ordenan. La segunda condición se cumple.

Los artículos 14, 18 y 19, en análisis, pertenecen a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La tercera condición se cumple.

Los artículos 14, 18 y 19 tienen el mismo ámbito de validez: temporal, espacial, personal y material. Los tres entraron en vigor el mismo día¹⁹² y actualmente están

¹⁹² Si bien es cierto que los artículos 18 y 19 fueron reformados en 2008, esto no los hace posteriores al artículo 14, en lo que a la prisión preventiva concierne, debido a que la orden que emiten para la aplicación de la detención preventiva a los delitos que merezcan pena corporal o privativa de libertad, ya aparecía en el artículo 18 original, desde 1917, y de allí se extendió al artículo 19. Lo anterior es suficiente para eliminar la posibilidad de ley posterior. No obstante lo anterior, existe otra razón que, por sí sola impide la diferencia de temporalidades, consiste en que no se dan los presupuestos fácticos requeridos, pues para que la ley posterior derogue a la anterior es necesario que la nueva ley pretenda regular situaciones que escapen a la ley anterior, que se fije un objetivo contradictorio a la ley anterior, extremos que no están presentes en las reformas de 2008, en ellas la intención expuesta por el legislador

vigentes, su aplicación es para todas las personas que se encuentren en el territorio nacional y se refieren a la misma materia: la prisión preventiva. La cuarta condición también se cumple.

Se han actualizado las cuatro condiciones requeridas por el esquema de Bobbio, la constitución mexicana adolece de antinomias en los artículos confrontados.

Ahora que tenemos la certeza de las antinomias y conscientes de que todo ordenamiento jurídico, más aun la Constitución, debe ser coherente, no puede contener normas incompatibles, ¿qué haremos para solucionar las antinomias y recuperar la consistencia de la Constitución?

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha intentado resolver el problema, por medio de dos estrategias.

Primero consideró a la prisión que ordenan los artículos 18 y 19 constitucionales, una prisión diferente a la prisión que prohíbe el artículo 14. Afirmó que la prisión preventiva tenía una naturaleza jurídica de medida cautelar, transitoria y no privativa de derechos en forma definitiva, mientras que la prisión punitiva tenía una naturaleza jurídica de pena, privativa de derechos en forma definitiva, y que por ello, la prisión que imponían los artículos 18 y 19 constitucionales, dijo, no era la que prohibía el artículo 14 constitucional.¹⁹³ Después dio un giro de ciento ochenta grados a su argumento y tuvo que reconocer que la prisión preventiva, que imponen los artículos 18 y 19 es idéntica a la prisión punitiva que prohíbe el artículo 14, porque ambas son encierro y suspensión de derechos, además de que la constitución, en su artículo 20, establece que el tiempo de prisión preventiva contará como cumplimiento de la prisión impuesta como pena definitiva. No existe diferencia entre ambas prisiones, así lo decreta la constitución y lo reconoce el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹⁹⁴

era la de hacer más accesible la libertad provisional bajo caución y hacer a la prisión preventiva más excepcional de lo que era; se sumaba a lo que establecía el artículo 14 constitucional, no llevaba la intención de contrariarlo.

¹⁹³ PRISIÓN PREVENTIVA. DEBE REALIZARSE EN UN LUGAR SEPARADO Y BAJO UN RÉGIMEN DISTINTO DE LOS QUE SE DESTINAN Y APLICAN A LA PRISIÓN COMO PENA. De una interpretación teleológica e histórica del artículo 18 de la Carta Magna, deriva que la prisión preventiva y la prisión como pena se fundan en supuestos diferentes y persiguen finalidades diversas; la retención de los procesados tan sólo se funda en la presunción de culpabilidad en la comisión de un delito, en tanto que la reclusión de los sentenciados se sustenta en la certeza de que han cometido un delito; lo que produce a favor de los procesados la prerrogativa de permanecer completamente separados de los sentenciados, sin posibilidad alguna de convivencia por razones de justicia y dignidad, y mantenerse a salvo de las influencias criminales de éstos, condición que, por lo mismo, se satisface si un mismo centro se destina a albergar a inculpados y sentenciados, con tal de que se conserve esa separación física; asimismo, no podrán ser sometidos a un régimen de tratamiento en la internación igual que el diseñado para los sentenciados, pues si la estancia de estos últimos se funda en la determinación de que han perpetrado un delito y han adquirido, por añadidura, el carácter de delincuentes, el régimen de tratamiento interno será de trabajo y educación con el fin específico de lograr su readaptación social, lo cual, desde luego no debe imponerse a los procesados por el hecho mismo de aún no compartir el estatus de delincuentes. Amparo en Revisión 3480/98. 2 de junio de 1999. Cinco votos. Novena Época, Instancia Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X, Septiembre de 1999. Página 91, Tesis 1ª.XXV/99. Teis Aislada. Materias: Penal, Constitucional.

¹⁹⁴ PRISIÓN PREVENTIVA. SU NO CONTRADICCIÓN CON LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DERIVA DE LOS FINES QUE PERSIGUE Y NO DE SU CARÁCTER CAUTELAR. Independientemente de que la prisión preventiva sea una medida cautelar y provisional, no está en contradicción con la garantía de audiencia; en efecto debe advertirse que su no contradicción con dicha garantía y con el principio de presunción de inocencia deriva más bien de los fines que persigue y no de

Después consideró a la prisión preventiva como una excepción justificable a las garantías de libertad, de audiencia previa y de presunción de inocencia, porque, dijo el Pleno de la Suprema Corte, la prisión preventiva tiende a preservar el desarrollo del proceso, a garantizar la ejecución de la pena y evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.¹⁹⁵ Este otro criterio era jurídicamente igual de insostenible que el que pretendió diferenciar las prisiones, debido a que el adecuado desarrollo del proceso no es responsabilidad del reo, sino de las autoridades, particularmente de la judicial y no es el reo quien debe pagar por las faltas oficiales. La prisión preventiva no puede garantizar una pena inexistente, una pena que es sólo una probabilidad, como la de la absolucón, y aceptar que la prisión preventiva se justifica porque garantiza la pena, es ir contra la prohibición de prejuzgar, es imponer una pena de manera anticipada al procedimiento y a la sentencia. La prisión preventiva no evita daños graves e irreparables a la víctima del delito ni a la sociedad, quienes deben evitar esos daños son las autoridades, como responsables de la seguridad pública de todos los gobernados. Si a alguien le preocupa que a la víctima del delito le ocurra algún daño es al indiciado, pues sería el primer sospechoso, además de que en prisión es más peligroso para la víctima y para la sociedad, debido a que en ese ambiente se envilecerá más y actuará con mayor impunidad pues alegaría que cómo pudo él dañar a la víctima si se encontraba en prisión.

Nuestra Suprema Corte de Justicia asumió el criterio y la normatividad de los instrumentos internacionales, específicamente del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, promulgado en noviembre de 1950, que justifica la prisión preventiva en los hechos de que garantiza la comparecencia del indiciado ante la autoridad judicial, con lo que contribuye al adecuado desarrollo del proceso, le impide cometer infracciones en agravio de la

su carácter provisional. Fines que son preservar el desarrollo adecuado del proceso y asegurar la ejecución de la pena, además de evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad. No puede atenderse únicamente a que la prisión preventiva es una medida provisional porque aquí, a diferencia de las medidas cautelares de carácter real, se afecta un bien de alta jerarquía axiológica, como lo es la libertad. Además, esa privación provisional puede convertirse en parte de la pena, como lo reconoce el propio legislador constitucional en el artículo 20, fracción X, párrafo tercero, de la Ley Fundamental al decir que “En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.” Es decir, en esta hipótesis la prisión preventiva pierde su carácter provisional; se reconoce que ésta y la prisión punitiva son idénticas. Amparo en revisión 1028/96. Enero de 1998. Unanimidad de diez votos. Novena Época, Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, VII, Marzo de 1998, página 94, Tesis aislada: P. XIX/98, Materias: Penal y Constitucional.

¹⁹⁵ PRISIÓN PREVENTIVA. ES UNA EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD Y DE AUDIENCIA PREVIA, ESTABLECIDA CONSTITUCIONALMENTE. Si bien es cierto que el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la privación de la libertad de una persona sin previo juicio, también lo es que el artículo 18 de la misma Ley Suprema autoriza la prisión preventiva de quienes se encuentren procesados por delitos que merezcan pena privativa de libertad; por tanto, dado que ambos preceptos son de igual jerarquía y que conforme al artículo 1º. De la propia Carta Magna las garantías que ella otorga no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece, la regla de que nadie puede ser privado de su libertad sino mediante juicio, se encuentra restringida en el caso de los procesados por delitos sancionados con pena privativa de libertad. Así, la prisión preventiva constituye una excepción justificable a las garantías de libertad y de audiencia previa, así como al principio de presunción de inocencia, previsto en el mismo artículo 14 constitucional, porque tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también a evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad. Amparo en Revisión 1028/96. Enero de 1998. Unanimidad de diez votos. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VII, Marzo de 1998. Página 28. Tesis: P.XVIII/98. Tesis Aislada. Materias Penal, Constitucional.

víctima del delito y asegura su disponibilidad para cumplir la pena en caso de resultar condenado.

Compartimos el criterio de nuestro máximo tribunal de que la prisión es la misma durante el proceso y después de dictada la sentencia, lo que nos parece inaceptable es la justificación que de la prisión preventiva pretende hacer. No preserva el adecuado desarrollo del proceso, por el contrario, atenta contra las formalidades esenciales del mismo, en virtud de que priva en forma absoluta al indiciado de su derecho al debido proceso, pues al encerrarlo le imposibilita preparar sus pruebas, le priva de su derecho a trabajar y con ello le impide contar con los recursos económicos que siempre consume un proceso, le mantiene en una situación contraria a la naturaleza humana, en donde debe cuidar su vida, su integridad física y mental antes que su proceso, le coloca en una situación por demás intimidante que le impide contar con la serenidad y la concentración que hoy más que nunca requiere para defender el bien fundamental que es su libertad. Es absurdo que nuestro más alto tribunal afirme que con la privación de la libertad del indiciado se preserva el desarrollo adecuado del proceso, cuando ellos son expertos procesalistas y conocen las condiciones que se requieren para el desarrollo de un adecuado proceso. La prisión preventiva no garantiza la seguridad de la víctima ni de la sociedad, si el detenido pretende lesionar a cualquiera de ellas o a las dos, lo puede hacer más impunemente estando recluso en prisión preventiva. Si la seguridad de la sociedad se garantizara con la prisión preventiva, todos deberíamos estar presos. Si, como dice la Corte, la prisión preventiva asegura la ejecución de la pena, no es otra cosa que una pena anticipada, bien podrían ahorrarse los recursos humanos y materiales que consumirá el procedimiento judicial, si el indiciado ya está cumpliendo la pena. Esta pretendida justificación de la prisión preventiva es inaceptable.

La Suprema Corte al tratar de justificar la prisión preventiva, además de no conseguirlo, confirma la existencia de las antinomias del artículo 14 con los diversos 18 y 19, problema antinómico que no soluciona.

Si recurrimos a la doctrina encontramos que la corriente *iusfilosófica* encabezada por Norberto Bobbio, propone, para preservar la coherencia del ordenamiento jurídico en cuyo seno aparecen normas incompatibles, derogar algunas de ellas y preservar a las otras, para ese fin proporciona criterios relativos a la jerarquía, la cronología y la especialidad de las normas.¹⁹⁶ En cuanto a la jerarquía la norma superior derogará a la inferior, la posterior a la anterior y la especial a la general. En el caso de los artículos 14, 18 y 19 constitucionales no aplicaría el criterio de generalidad frente al de especialidad, en virtud de que los dispositivos incompatibles se encuentran en la parte dogmática o de los derechos humanos de la constitución y entre ellos no hay diferencia de generalidad o especialidad, los tres se refieren a la privación de la libertad, materia que corresponde al derecho penal adjetivo. El criterio de jerarquía tampoco aplicaría pues las normas incompatibles se encuentran en la constitución. El criterio cronológico tampoco aplica pues las tres normas constitucionales empezaron a regir en el mismo momento, y aunque los artículos 18 y 19 fueron reformados en el año 2008, mantuvieron la orden de autorizar la prisión preventiva sustancialmente tal y como apareció en 1917, además de que el legislador expuso su intención, en 2008, de hacer a la prisión preventiva más excepcional.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Bobbio. op. cit. p. 194.

¹⁹⁷ Véase la cita 192.

Como las antinomias que presentan los artículos 14, 18 y 19 constitucionales no se resuelven con los criterios proporcionados por Norberto Bobbio, en virtud de que las tres normas son generales e iguales jerárquica y cronológicamente, la solución debe buscarse en lo que podemos llamar criterio o principio de supremacía, por él debe determinarse cuál de las normas incompatibles es más importante, más valiosa, más necesaria, más justa y de allí obtener su supremacía sobre las otras normas que habrán de ser derogadas o inaplicadas. Bobbio llama a este principio de justicia,¹⁹⁸ los derechos humanos lo identifican con el *pro homine*, yo lo designo de supremacía.

De acuerdo con el principio de supremacía tenemos que el artículo 14 protege la libertad, bien que podemos considerar como el más valioso que posee el ser humano, incluso por encima de la vida, ya que la vida pierde su dignidad cuando ha de pasarse en prisión. Para los investigadores Ramírez y Pallares la dignidad es el valor más importante de la persona humana y para esa dignidad contribuyen los derechos humanos.¹⁹⁹ La prisión priva de dignidad a los internos, les retira casi todos sus derechos humanos. Si esa privación se lleva a cabo cuando la persona no ha sido juzgada, cuando no ha sido declarada culpable y cuando continúa siendo considerada inocente, el atentado contra la dignidad de la persona es mayor. No puede sostenerse que la vida en prisión es digna, tampoco que es la misma vida que se vive en libertad.

La libertad y la vida serían los derechos más importantes de la persona, y a la libertad la protege el artículo 14. Por su parte los artículos 18 y 19 protegen la seguridad de la víctima, las pruebas y la presencia del indiciado en el procedimiento y al momento de aplicarle, en su caso, la condena. De ninguna manera los bienes que protegen los artículos 18 y 19 pueden compararse o ser más importantes que el bien protegido por el artículo 14; por ello, el artículo 14 estaría por encima de los diversos 18 y 19, supremacía que se fortalece si tenemos en consideración que, de ninguna manera el hecho de mantener en prisión al indiciado, durante la tramitación del procedimiento, es una garantía para la seguridad de la víctima, al contrario, la coloca en una situación de mayor riesgo, pues el indiciado puede encargar a gente del exterior que dañe a la víctima y él gozaría de mayor impunidad pues cómo podría ser señalado de los daños a la víctima cuando él no ha salido de prisión; tampoco se asegura el avance del procedimiento teniendo al indiciado privado de su libertad, pues va acostumbrándose a la prisión y mientras que está libre su preocupación por no perder esa libertad lo mantiene atento del avance de su proceso. El privar de la libertad al indiciado no preserva las pruebas que habrán de llevarse al juicio, y sí por el contrario atenta contra las formalidades esenciales del procedimiento, en virtud de que impiden al indiciado buscar, conseguir y aportar sus pruebas en el proceso, pues cómo puede ejercer su derecho a demostrar si está encerrado e imposibilitado de preparar su defensa, ese derecho no se repone con la intervención del defensor, pues éste únicamente, y eso a veces, arriesga sus honorarios, mientras que el indiciado su libertad. Tampoco es justificante de la prisión preventiva el hecho que se afirma de que asegura tener presente al indiciado para el caso de que se le dicte sentencia condenatoria, porque eso significaría que se le está condenando de antemano.

Los bienes que protegen los artículos 18 y 19 pueden preservarse de mejor manera con otros medios, por ejemplo, apercibiendo al indiciado para que no se acerque a la víctima, ni personalmente ni a través de gente que envíe; con la vigilancia y la seguridad

¹⁹⁸ Bobbio. op. cit. p. 201.

¹⁹⁹ Ramírez y Pallares. op. cit. Introducción y p. 93.

que la autoridad debe procurar y brindar no sólo a las víctimas de los delitos, sino a todos los gobernados; con pulseras u otros mecanismos que mantuvieran permanentemente localizado y localizable al procesado. Los otros bienes que protegen los artículos 18 y 19 pueden repararse, fácil o difícilmente pero pueden repararse. Los daños causados por la privación de la libertad son irreparables.

El procesado estaría a disposición de la autoridad que lo requiriera con tan sólo portar un brazalete, ser identificado a través de sus huellas digitales, el iris de sus ojos, su fotografía o su inclusión en los boletines o bancos de datos similares a los del buró de crédito. Cualquier otro medio de control sería menos gravoso que la prisión preventiva.

Los bienes tutelados por los artículos 18 y 19 constitucionales habrán de protegerse con los medios con que cuenta el Estado, en virtud de que en forma natural corresponde a la función pública procurarlos, mientras la privación de la libertad personal, además de ser contraria a la naturaleza humana, produce agravios imposibles de reparar.

Por lo anterior, en aplicación del criterio de supremacía y habiendo demostrado que el artículo 14 protege bienes y derechos más valiosos que los que tutelan los artículos 18 y 19, estos dos últimos deben ser derogados para que el 14 prevalezca.

La corriente principialista, dentro de ella Ronald Dworkin y Rodolfo Vigo, propone que, en cada caso concreto en el que exista incompatibilidad, se presenten argumentos a favor y en contra de cada una de las normas o principios incompatibles o tensionados y, previo análisis, se decida cuál debe prevalecer y así se resuelva el problema, dejando subsistir a las reglas o principios incompatibles o que se hubieran tensado.²⁰⁰ Esta solución es ágil y no enfrenta las posiciones, los trámites y el tiempo que se requiere para derogar normas válidas y vigentes.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 29, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 5; ordenan que cuando existan antinomias entre dos preceptos legales, se aplique el que sea más benéfico a la persona. Si el artículo 14 autoriza la prisión sólo en el caso de que se haya respetado el debido proceso, y los diversos 18 y 19 ordenan la prisión sin el debido proceso, es claro que el artículo 14 es la norma que más beneficia a la persona porque más requisitos exige para que se le prive de la libertad, mientras que los artículos 18 y 19 son las normas que menos le protegen y más restringen sus derechos, entre ellos el de la libertad personal, que es considerado el bien de más alto valor axiológico, por lo que en cumplimiento de lo ordenado por los instrumentos jurídicos internacionales invocados y en acatamiento a lo establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia penal el artículo 14 constitucional prevalece sobre los diversos 18 y 19 y, consecuentemente, en México está prohibida la prisión preventiva. Sobre el particular también son aplicables los criterios jurisprudenciales establecidos por el Poder Judicial de la Federación, visibles en las tesis I.4°A.441A²⁰¹ y I.4°A.464A²⁰².

²⁰⁰ Vigo, Rodolfo Luis. *De la Ley al Derecho*, 2ª edición, Porrúa, México, 2005. pp. 4, 35, 88 y 156.

²⁰¹ PRINCIPIO *PRO HOMINE*. SU APLICACIÓN. El principio *pro homine*, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites a su

c) Síntesis

El contenido del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es incompatible con el contenido de sus homólogos 18 y 19.

Esas antinomias normativas debilitan a la Constitución y exigen ser solucionadas a fin de que la ley fundamental recobre su consistencia.

El principio *pro homine* es el medio idóneo para solucionar ese problema antinómico.

El artículo 14 constitucional prevalece sobre los diversos 18 y 19, y los deroga.

La prisión preventiva está prohibida por nuestro ordenamiento jurídico.

ejercicio. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en Revisión 799/2003. 21 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX, Octubre de 2004, p. 2385, Tesis I.4º.A.441A. Tesis Aislada. Materia Administrativa.

²⁰² PRINCIPIO *PRO HOMINE*. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA. El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo Directo 202/2004. 20 de Octubre de 2004. Unanimidad de votos. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Febrero de 2005, p. 1744, Tesis I.4º.A.464A. Tesis Aislada. Materia Administrativa.

Capítulo VII

Abolición de la Prisión Preventiva

a) Justificación

En los Capítulos anteriores ha quedado suficientemente demostrado que la prisión preventiva es contraria a la naturaleza humana, a los derechos humanos, a la teoría general del derecho, a la teoría general del proceso y a la racionalidad.

El Constituyente Mexicano y la Suprema Corte de Justicia de la Nación han reconocido esa contrariedad, el primero la declaró insalvable, la segunda ha tratado de solucionarla, sin éxito.

La contradicción no es solamente a nivel del discurso, si así fuera se reestructurarían los enunciados y el problema estaría resuelto.

El Gobierno plantea la disyuntiva: debido proceso y presunción de inocencia en detrimento de la seguridad pública, o ésta a costa de los primeros. Esta posición es engañosa, bien pueden subsistir y aun complementarse todos esos valores.

En los últimos diez años hemos hecho de la prisión preventiva la regla general, hemos sobrepoblado nuestros centros de reclusión y son los diez años más inseguros que, en tiempos de paz, ha conocido la vida de nuestra nación.

Aplicar la prisión preventiva nos cuesta \$ 17,200'000,000.00 (diecisiete mil doscientos millones de pesos) al año.

La prisión preventiva propicia condiciones que favorecen la violencia, la esclavitud, la drogadicción, el envejecimiento de los seres humanos, además de los abusos, la tortura, los tratos crueles e inhumanos, la corrupción, las vejaciones y las humillaciones a los reos y sus familiares.

La seguridad social no se garantiza con la prisión preventiva, ésta sólo agrava las amenazas.

Si la prisión preventiva no rinde provecho lícito alguno debe ser abolida. En su lugar debe crearse un eficiente sistema de investigación y vigilancia. En todos los procesos penales debe ordenarse la libertad provisional bajo las garantías que determine el juez para contar con la presencia del indiciado en el proceso, garantías que deben ser accesibles al procesado, limitando la discrecionalidad del juez a fin de que no fije cauciones imposibles de satisfacer, porque de lo contrario va a pasar lo que ha venido ocurriendo: el legislador clasifica como graves casi todos los delitos, deja la decisión de libertad o prisión en manos del acusador, exige al procesado que garantice la seguridad pública y la función jurisdiccional, autoriza el arraigo, pone al juez a las órdenes del ministerio público; disposiciones legales las anteriores que han propiciado el aumento de la corrupción, del abuso de autoridad, la imposibilidad de conseguir la libertad provisional, la derrota del Derecho.

El dinero que nos cuesta la prisión preventiva debe destinarse a la educación y a la creación de empleos, con la finalidad de prevenir la comisión de actos delictivos.

Si abolimos la prisión preventiva y elaboramos un eficaz sistema de garantías para la libertad provisional, que sería la regla única en los procesos penales, además de resolver las contradicciones que presenta nuestra Constitución, habremos armonizado nuestro sistema jurídico con los estándares que exigen los ordenamientos jurídicos internacionales, a saber: Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos y, sobre todo, habremos recuperado humanidad.

Si la prisión preventiva es abolida o desaparecida de nuestra legislación, el juez, ejerciendo el control difuso a que se refiere la resolución de fecha 11 de noviembre de 2011, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación,²⁰³ está en posibilidad de ordenar, sólo excepcionalmente, la retención provisional del procesado cuando considere que no debe obtener la libertad provisional bajo caución, porque en ese caso, el juez, se verá obligado a motivar y fundamentar, verdaderamente, su decisión de separarse de los ordenamientos legales. Así se conseguirá que la prisión preventiva sea la excepción en nuestros procedimientos penales.

²⁰³ La Suprema Corte deja sin efecto las jurisprudencias (criterios) que prohibían el llamado control difuso, para que ahora los tribunales y juzgados ordinarios puedan pronunciarse sobre la constitucionalidad y convencionalidad de leyes y normas secundarias.

Antecedentes:

- **Primero.** El 13 de julio de 1999, el Pleno de la Suprema Corte aprobó dos jurisprudencias (P./J. 73/99 y 74/99) relativas al control de la Constitución Federal, contemplado en su artículo 133, en las que estableció que dicho precepto no permitía un **control difuso** de la constitucionalidad, es decir, que cualquier juzgador dejara de aplicar, en los casos concretos que le tocara resolver, las normas jurídicas que a su consideración se opusieran a la Constitución Federal. Por lo anterior, determinó que ese control estaba **concentrado** en el Poder Judicial de la Federación, y en consecuencia, era facultad exclusiva del mismo.
- **Segundo.** En el mes de julio de 2011, el Máximo Tribunal analizó la sentencia emitida el 23 de noviembre de 2009, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 12.511 Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, a fin de determinar si la sentencia contenía obligaciones a cargo del Poder Judicial de la Federación.

Como resultado de lo anterior, la Suprema Corte resolvió que los juzgadores de todo el país, incluidos los de los Estados y el Distrito Federal, están obligados, en los casos concretos que les toque resolver, a verificar que las leyes y en general, todas las normas jurídicas aplicables, sean conformes a la Constitución Federal y a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

De darse el supuesto de que esas normas se opongan a la Constitución y los Tratados, los jueces de todo el país deben dejar de aplicarlas a los casos concretos que tengan frente a sí, sin que ello implique que dichas normas queden sin efectos de manera general, ya que esa facultad sí es exclusiva de la Justicia Federal.

Como se desprende de lo anterior, los criterios establecidos en 1999 son opuestos a lo resuelto en el Caso Radilla, por lo que la Corte inició un procedimiento en el que dejó sin efecto esas jurisprudencias.

Sentencia de 11 de noviembre de 2011.

Capítulo VIII

Propuestas Alternativas

a) Presentación

Mientras se consigue la abolición de la prisión preventiva, podemos combatirla con diversos medios de defensa: ordinarios, extraordinarios, nacionales e internacionales, los veremos a continuación. El derecho que se invoca en las respectivas reclamaciones es plenamente aplicable y debe ser respetado por las diversas autoridades competentes.

Sobre los medios de impugnación es abundante y variada la literatura que existe. Briseño Sierra advierte que la peculiaridad de la impugnación es aquella pretensión de resistir la existencia, producción o los efectos de cierta clase de actos jurídicos.²⁰⁴ Esos actos jurídicos deben ser considerados, por el inconforme, abusivos por parte del órgano del Estado.

Colín Sánchez concibe a los medios de impugnación como mecanismos de control para restablecer el equilibrio perdido con motivo del error o del desvío de poder.²⁰⁵ El equilibrio que señala el estudioso no existe, pues una de las atribuciones de la jurisdicción es el imperio, que sitúa al titular del órgano jurisdiccional sobre las partes.

Couture extiende su concepción y nos dice: Los recursos son genéricamente hablando, medios de impugnación de los actos procesales. Realizado el acto, la parte agraviada por él tiene, dentro de los límites que la ley le confiera, poderes de impugnación destinados a promover la revisión del acto y su eventual modificación.²⁰⁶

b) Medios de impugnación contra la prisión preventiva

Todos ellos comparten la naturaleza de ser remedios, recursos, medios de defensa para combatir actos abusivos de la autoridad, en este caso violatorios del derecho humano a la libertad. En el planteamiento y durante el desarrollo del recurso es necesario argumentar y demostrar que el acto de autoridad es contrario al Derecho, que constituye un agravio²⁰⁷ en contra del derecho humano de la libertad.

²⁰⁴ Briseño. op. cit. p. 1484.

²⁰⁵ Colín. op. cit. pp. 489 y 490.

²⁰⁶ Couture. op. cit. p. 339.

²⁰⁷ Fernando Arilla Baz, en su obra titulada *El procedimiento penal en México*, 22ª edición, 7ª de Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2003, pp. 217-218; proporciona una satisfactoria concepción del agravio, respecto del cual nos dice: Agravio es todo daño o gravamen causado por la violación de un precepto legal (esto es inexacto, el agravio se produce por la violación a cualquier precepto jurídico, contenido en la costumbre, en el uso, en la jurisprudencia, en los principios jurídicos del derecho, en la equidad y en cualquier otra fuente del derecho, no sólo en la ley). Esta violación sostiene Arilla Baz, puede derivar:

- a) De la aplicación inexacta de la ley (del Derecho), es decir, de la subsunción inadecuada de los hechos objeto del proceso a las normas legales (jurídicas). La aplicación inexacta de la ley, continúa el maestro, es susceptible de causar agravio por haberse aplicado una norma indebidamente o por no haberse aplicado la que debía aplicarse.
- b) De la inobservancia de los principios reguladores de la prueba.
- c) De no haberse analizado y valorado, para aplicar la pena en las sentencias condenatorias, las circunstancias que especifican los artículos 51 y 52 del Código Penal. (Estos artículos se han

El esquema de los medios de impugnación es el siguiente.

- A. Preceptos jurídicos violados. En esta parte irán las leyes, los criterios jurisprudenciales, los usos, las costumbres, los principios generales del derecho o cualquier otra fuente del derecho que proteja el derecho humano a la libertad.
- B. Actos reclamados. Aquí se precisará el mandato, el acto, la tolerancia, la omisión, etcétera, de la autoridad que contenga la violación al derecho humano de la libertad.
- C. Conceptos de violación. En este apartado se demostrará que la conducta de la autoridad es abusiva o contraria al derecho humano de libertad. Este numeral puede subdividirse en tres momentos.
 - i. El derecho invocado en A, manda X
 - ii. El juez recurrido ordena no X
 - iii. Es evidente que el juez, en su resolución combatida, viola el derecho invocado.

Algunos recursos son de respuesta rápida, otros de tramitación más dilatada pero cada uno de ellos tiene su función y su lógica, por ejemplo, el que se hace valer ante el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias es sumario e individual, a veces la prisión preventiva se resuelve con una llamada telefónica del experto al canciller mexicano. En contraste, la denuncia que se presenta ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es el medio preparatorio a un litigio contra el Gobierno Mexicano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que cambiará una situación nacional general violatoria de derechos humanos. Ambos medios de defensa serán estudiados.

En todos los recursos y trámites en que intervengan autoridades mexicanas, es recomendable recordarles el contenido del artículo 1 constitucional, que ordena a todas ellas, en el ámbito de sus competencias, promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

c) Apelación ante los tribunales del fuero común

Se debe intentar la apelación contra el auto que decreta la prisión preventiva, argumentando y probando que con el mismo se contraría lo dispuesto por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la jurisprudencia nacional e internacional, en cuanto prohíben que alguien sea privado de su libertad si antes no ha sido juzgado y encontrado culpable, siendo que la orden de prisión preventiva o negativa a ordenar la libertad provisional bajo caución es exactamente lo contrario a lo que expresamente disponen esos ordenamientos jurídicos, que siempre debieron

reformado, no obstante sus preceptos fueron reproducidos en el nuevo código y se refieren a que el juez debe tomar en cuenta, al momento de imponer su condena, las condiciones personales de los sujetos activo y pasivo del delito, así como las circunstancias particulares de la comisión de la conducta típica. Es a eso a lo que se refiere Arilla Baz).

- d) Del quebrantamiento de las formalidades esenciales del procedimiento.

El acto de expresión de agravios, concluye el especialista, abarca dos elementos; la expresión del precepto legal (jurídico) violado, y la del concepto de violación. La forma silogística, partiendo de la ley violada, como premisa mayor, es la adecuada lógicamente para llevar a cabo esta formalidad.

aplicarse, más ahora que la reforma constitucional al sistema penal mexicano ha entrado en vigencia.

¿Por qué la apelación?

Porque es el recurso natural u ordinario que va a procesarse ante el mismo tribunal a que pertenece el juez responsable del auto o sentencia que se recurre, ante su alzada, su revisor, la segunda instancia. Este medio de impugnación lo establece el mismo ordenamiento jurídico que reguló la primera instancia. En el caso de la materia penal, fuero común en el Distrito Federal, la apelación se encuentra prevista y regulada por los artículos del 414 al 434-bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. El tribunal de apelación resuelve en base al Código Penal, al Código de Procedimientos Penales y a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y del Poder Judicial de la Federación, en muy raras ocasiones se funda en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La apelación, en el fuero común, es similar en todas las entidades federativas y se hace valer, si es por escrito, en la forma como a continuación exponemos.

El indiciado es notificado de que se ha decretado en su contra la prisión preventiva y que no tiene derecho a obtener su libertad provisional bajo caución, por tratarse de un delito cuya pena, en su media aritmética, rebasa los cinco años de prisión, a partir de la notificación empieza a correr un plazo de tres días para que, en caso de no estar conforme con la determinación judicial, se haga valer el recurso, la interposición puede ser desde algo muy sencillo: expresar al notificador que no se está de acuerdo con la decisión, hasta una impugnación en forma más cuidadosa, detallada y técnica, tal y como aparece en el escrito que en líneas adelante mostramos.

Todos los recursos de apelación que se han hecho valer en contra del auto que niega la libertad bajo caución, por ese solo hecho, han sido resueltos como improcedentes porque el Código de Procedimientos Penales establece la prisión preventiva. A partir de las reformas practicadas al artículo 1 de la Constitución, en los primeros meses de 2011, en las que se ordena a todas las autoridades, en el ámbito de su competencia, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos contenidos en los instrumentos jurídicos internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, así como interpretar y aplicar la ley a favor de la persona, la apelación y el amparo que se interpongan contra el auto que niega la libertad provisional bajo caución, con fundamento en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe resolverse procedente, debido a que la prisión preventiva, en la forma como la ordenan los artículos 18 y 19 constitucionales, es violatoria de los mencionados ordenamientos jurídicos internacionales y de los artículos 1 y 14 constitucionales, como veremos a continuación.

d) Juicio de amparo

También se puede intentar el juicio de amparo.

¿Por qué el amparo?

Porque así lo establece la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su diverso 114, fracción IV, en razón de que la privación de la libertad puede causar daños difíciles o imposibles de reparar y el amparo era el recurso extraordinario con más rápida y eficaz respuesta, sin embargo también se fue corrompiendo, al grado de crear un sinnúmero de pretextos: actos consentidos, cambio de situación jurídica, no haber agotado los recursos ordinarios, etcétera, etcétera, hasta que acabaron con la suficiencia, eficiencia y eficacia que un día tuvo el amparo, por ello se ha recomendado al Gobierno mexicano que cumpla su obligación de proporcionar a los individuos un recurso eficaz que les permita frenar las violaciones a los derechos humanos que cometen las autoridades, ya sea que cree ese recurso o que mejore sustancialmente el recurso del amparo. No obstante lo anterior, la Ley de Amparo contiene lo necesario para satisfacer esa necesidad de recurso efectivo, parece que el problema radica en las personas que operan el juicio de amparo. Como quiera que sea el reclamo de la protección y el amparo de la justicia de la Unión en contra de los actos violatorios de los derechos humanos, puede plantearse como se propone en el esquema que aparece al principio de este Capítulo.

e) Ante el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Detención Arbitraria

Los organismos internacionales de derechos humanos a que hicimos referencia anteriormente cuentan con sus propios procedimientos para combatir las violaciones a los derechos humanos en materia de privación de la libertad, en este apartado proponemos elaborar una denuncia contra la prisión preventiva en su forma de detención arbitraria. Para su preparación debe tenerse en cuenta lo expuesto en el Capítulo III de esta investigación.

f) Ante el Sistema Interamericano de Justicia

La Organización de los Estados Americanos, a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, investiga y sanciona las violaciones a los derechos humanos que tienen lugar en México. Se puede acceder al sistema de justicia interamericano en forma individual o colectiva. Pueden elaborarse una denuncia y una solicitud para que los organismos internacionales visiten México y designen un Relator Especial. El primer libelo hará intervenir a la Comisión Interamericana a efecto de que se cerciore que el quejoso está siendo violentado en sus derechos humanos de libertad, presunción de inocencia, debido proceso y debido recurso legal. La solicitud de que visiten nuestro país y nombren relator, propiciará una solución a la problemática que perjudica a toda la sociedad mexicana, por la violación a los derechos humanos de libertad, presunción de inocencia, debido proceso, a la no discriminación, a la seguridad, a la no suspensión arbitraria de los derechos humanos.

g) Síntesis

Cualquiera de estos medios de defensa puede ser utilizado para contrarrestar los agravios que ocasiona la prisión preventiva. Dependerá del problema que se enfrente y los fines que se persigan. Una organización defensora de derechos humanos persigue

ciertos objetivos y posee determinada capacidad de litigio, que son diferentes a los objetivos y la capacidad de los familiares de la persona privada de libertad por prisión preventiva.

Como ha quedado establecido, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como las argumentaciones iusfilosóficas, contemplan y protegen el derecho humano de libertad, colmándose así dos de los tres presupuestos que para la eficacia de un sistema jurídico protector de los derechos humanos exigen Ramírez y Pallares,²⁰⁸ el tercer elemento, según se ha demostrado en este capítulo, también se encuentra presente en nuestro universo jurídico y es precisamente el debido procedimiento o más exactamente el adecuado recurso.²⁰⁹ Las condiciones están dadas, sólo falta que las sepamos aprovechar.

²⁰⁸ Ramírez y Pallares. op. cit. p. 30.

²⁰⁹ El debido proceso y con él el recurso adecuado son piezas claves para la consolidación de los Derechos Humanos.

CONCLUSIONES

Primera. De conformidad con su ordenamiento legal interno, México tiene una de las prisiones preventivas más severas del mundo. Puede ser aplicada en el 100% de los procesos penales, cuando debe ser una medida excepcional. La ordenan el constituyente, el legislador secundario y el ministerio público, cuando debe decretarla el juez.

Segunda. En México, porque su marco legislativo interno lo autoriza, la policía y el ejército pueden detener a cualquier persona sin orden judicial y sin responsabilidad alguna por detenciones arbitrarias.

Tercera. El ministerio público y el juez, porque la ley mexicana lo autoriza, pueden mantener prisionera a una persona por un tiempo igual al de la pena del delito que le atribuyen o hasta por dos años, cuando existan datos que permitan presumir que la persona participó en la comisión de un delito. Esa presunción de responsabilidad, formada con datos y dispuesta por la Constitución, prevalece sobre la presunción de inocencia también establecida en el texto constitucional.

Cuarta. El juez condena, sin audiencia, sin pruebas y sin procedimiento, al indiciado contra quien convalida la prisión preventiva, porque no puede absolverlo en la sentencia definitiva, en virtud de que incurriría en responsabilidad y sería llevado a juicio por abuso de autoridad, privación ilegal de la libertad, violación de derechos humanos, etcétera; por eso el juez está obligado a condenar a quienes estuvieron sujetos a prisión preventiva. Esto se confirma al recordar que los jueces penales del Distrito Federal condenan al 95% de los procesados que sujetaron a prisión preventiva.

Quinta. Al analizar el artículo 14 constitucional vemos que prohíbe la prisión preventiva y, por lo tanto, es contradictorio a los artículos 18 y 19 también constitucionales, que ordenan la prisión preventiva. Estamos entonces en presencia de una incongruencia normativa o antinomias constitucionales. La Suprema Corte de Justicia de la Nación las reconoció y pretendió resolverlas, primero diferenciando la prisión preventiva de la punitiva y luego apoyándose en la teoría de los fines. Ambas estrategias fueron infructuosas. El Constituyente Permanente, en 2008, declaró insalvables a esas antinomias y se resignó a que continuaran restándole consistencia a la Constitución y violando los derechos humanos. Esta investigación no sólo ha demostrado que las antinomias constitucionales relativas a la prisión preventiva tienen solución, sino que las resolvió. Lo consiguió valiéndose del modelo proporcionado por Norberto Bobbio y aplicando diversos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los principios *pro homine* e *in dubio pro reo*, principalmente.

Sexta. Tenemos entonces que la prisión preventiva en realidad se encuentra prohibida en México. Su prohibición resulta de la correcta interpretación y aplicación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 9; del principio *pro homine* y de la prevalencia del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sobre sus antinómicos 18 y 19, que quedan derogados.

Séptima. La prisión preventiva debe ser abolida de la legislación mexicana.

Octava. En los casos extremos, el juez puede retener al procesado ejerciendo el control difuso; como debe motivar y fundamentar su decisión de separarse del marco legal, no usará la retención de manera generalizada.

Novena. Con la abolición de la prisión preventiva y el ejercicio del control difuso, la excepcionalidad de la prisión preventiva queda garantizada.

Décima. La abolición de la prisión preventiva restablecerá la consistencia del sistema jurídico, no sólo mexicano o constitucional, sino universal; disminuirá la corrupción, la impunidad y los abusos que cometen el ministerio público, la policía y los jueces que lucran con la libertad de las personas; así mismo, recuperará un importante gasto público que debe destinarse a educación y creación de empleos que prevengan y disminuyan el delito.

Décima primera. Mientras es abolida, la prisión preventiva puede muy bien ser invalidada con diversos medios de defensa, entre los que se encuentran el recurso de apelación, el juicio de amparo y los procedimientos ante el sistema interamericano de justicia.

Décima segunda. El Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, debe ser frenado y modificado sustancialmente. Los códigos que en él se hayan inspirado, por violatorios de derechos humanos, pueden ser invalidados con los diversos medios de defensa que proporciona el Derecho.

Bibliografía y otros documentos

Abreu Gómez, Ermilo. La Conjura de Xinum, editado por Secretaría de Educación Pública, Colección Lecturas Mexicanas, segunda serie No. 87, México, 1987.

Ackoff, Rusell L. El Paradigma de Ackoff. Una administración sistémica, Limusa Wiley, México, 2004.

Aguiló Regla, Josep. Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico), Ariel Derecho, Barcelona, 2000.

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. Proceso, Autocomposición y Autotutela, editado por Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.

- Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972), Tomos I y II, 1ª reimpresión por la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992.

Alexi, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México, 22ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

- Derecho Penal. Parte General, 1ª edición, Porrúa, México, 2001.

Arriola Cantero, Juan Federico. La Pena de Muerte en México, Editorial Trillas, México, 1989.

- Teoría General de la Dictadura. Un estudio sobre política y libertad, Trillas, México, 1994.

Atienza, Manuel. El Derecho como Argumentación, Fontamara, México, 2004.

Ballesteros, Jesús. Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica, Tecnos, Madrid, 2000.

Baratta, Alejandro. Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, Siglo XXI, México, 1982.

Barrita López, Fernando A. Prisión Preventiva y Ciencias Penales, 3ª edición, Porrúa, México, 1999.

Beccaria, César. Tratado de los Delitos y de las Penas, 16ª edición, Porrúa, México, 2006.

Becerra Bautista, José. El Proceso Civil en México, 15ª edición, Porrúa, México, 1996.

Bidart Campos, Germán. Teoría general de los derechos humanos, editado por Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993.

Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho, 3ª edición, Editorial Temis, Colombia, 2007.

Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las obligaciones, Porrúa, México, 1994.

Briseño Sierra, Humberto. Derecho Procesal (Teoría General del Proceso), 2ª edición, Harla-México, Colección Juristas Latinoamericanos, México, 1995.

Bulygin, Eugenio. El Positivismo Jurídico, Editorial Fontamara, México, 2006.

Calamandrei, Piero. Derecho Procesal Civil, Editorial Pedagógica Universitaria, Colección Clásicos del Derecho, México, 1996.

Carbonell, Miguel. Los derechos fundamentales en México, editado por Comisión Nacional de Derechos Humanos y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

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

Carnelutti, Francesco. Cómo se hace un proceso, editado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 1993.

Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penitenciario, Porrúa, México, 2005.

Castán Tobeñas, José. Los derechos del hombre, Reus, Madrid, 1985.

Castañeda De La Mora, Citlalin (Coordinadora), Angelina Monserrat Vidal León (Asistente), Magdy Martínez-Solimán, Ricardo Sepúlveda Iguíniz, Rosario Ybarra De Piedra, Miguel Carbonell Sánchez, Martha Leticia Sosa Govea, Omeheira López Reina, Carlos De La Torre Martínez, Gabriela Rodríguez Huerta, Graciela Rodríguez Manzo, Luis Miguel Cano López, Alliet Bautista, Jorge Ulises Carmona Tinoco, José Luis Máximo García Zalvidea, Alma Luz Beltrán y Puga, Juan Carlos, Gutiérrez Contreras, Miguel Ángel Pulido Jiménez, Fernando Ortega Bernés Amerigo Incalcaterra e Italy Ciani. Memorias de las Mesas de Estudio sobre la Reforma Constitucional en Derechos Humanos. Un Análisis desde las Obligaciones Internacionales, editadas por Grupo interagencial de Derechos Humanos del Equipo de País del Sistema de las Naciones Unidas en México, México, 2008.

Cázarez Ramírez, José Jesús. Medidas Procesales Alternativas a la Prisión Preventiva en el Estado de Michoacán, Porrúa, México, 2008.

Chiovenda, Giuseppe. Curso de Derecho Procesal Civil, Editorial Pedagógica Iberoamericana, Colección Clásicos del Derecho, México, 1995

Ciafardini, Mariano y Alagia, Alejandro. Abolicionismo Penal, Editorial Comercial, Argentina, 1989.

Cohen, Stan; Sebastián Scheerer, Heinz Steinert, Rolf S. de Folter, Louk H. C. Hulsman, Thomas Mathiesen, Nils Christie, Abolicionismo Penal, traducción del inglés

por Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1989.

Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 6ª edición, Porrúa, México, 1980.

Coria, Vanessa; Chorny Elizalde, Vladimir Alexei; Espinosa García, Éden; Pérez Garrido, Ana Yeli; y Guerrero Rosales, Humberto Francisco y Solórzano Betancourt, Mario A., Coodinadores. Incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Sistema Jurídico Mexicano, editado por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A. C., México, 2008.

Couture, Eduardo Juan. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ª edición, Editorial Depalma, Argentina, 1990.

Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, Tomos I y II, 5ª edición, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 1981.

Díaz de León, Marco Antonio. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal Comentado, Porrúa, México, 1990.

Dworkin, Ronald. Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1984.

Esquivel, Javier. Racionalidad jurídica, moral y política, Fontamara, México, 1996.

Edwards, Carlos Enrique. Plazos de la Prisión Preventiva, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.

Fernández, Eusebio. Teoría de la justicia y derechos humanos, Debate, Madrid, 1984.

Ferrajoli, Luigi. Epistemología Jurídica y Garantismo, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 2004.

- Derechos y garantías. La ley del más débil, Trotta, Madrid, 2001.

Finnis, John. Ley natural y derechos naturales, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

Fioravanti, Maurizio. Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones, Trotta, Madrid, 2003.

García Ramírez, Sergio. El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano, 2ª edición, Porrúa, México, 1995.

- La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?, Porrúa, México, 2010.

Goldschmidt, James. Derecho Procesal Civil, editado por Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.

González Luna, Efraín. Temas de filosofía del derecho, editado por Universidad Iberoamericana y Noriega, México, 2003.

González R., Samuel. Mendieta J., Ernesto; Buscaglia, Edgardo; y Moreno H. Moisés. El Sistema de Justicia Penal y su Reforma. Teoría y Práctica, Fontamara y Aquesta Terra, México, 2005.

Guasp, Jaime. Concepto y Método de Derecho Procesal, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

Hervada Javier. ¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico, EUNSA, Pamplona, 2002.

- Introducción crítica al Derecho Natural, 3ª reimpresión de la 3ª edición, Editorial Minos, México, 1999.

Hidalgo Murillo, José Daniel. Debido Proceso Penal en el Sistema Acusatorio, editado por Flores Editor y Distribuidor y Universidad Panamericana, México, 2011.

- Sistema Acusatorio Mexicano y Garantías del Proceso Penal, Porrúa y Universidad Panamericana, México, 2010.

Huacuja Betancourt, Sergio. La Desaparición de la Prisión Preventiva, Trillas, México, 1989.

Kalinowski, Georges. Lógica de las Normas y Lógica Deóntica, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 1993.

Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho, 7ª edición, Porrúa, México, 1993.

Kompass, Anders; Jusidman, Clara; Anaya Muñoz, Alejandro; Thede, Nancy; Treviño Vives, Carlos; Guzmán, Gabriela; Ansolabehere, Karina; Flores, Julia Isabel; Velasco Yáñez, David; Gutiérrez-Saxe, Miguel; Piano, Aili; Morales Gil De La Torre, Héctor; Zoon, Ina; y Arjona, Juan Carlos y Guzmán, Gabriela, Compiladores. Hacia una Metodología para la Medición del Cumplimiento de los Derechos Humanos en México, editado la Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México, 2008.

Labrada Rubio, Valle. Introducción a la teoría de los derechos humanos: fundamento, historia, Civitas, Madrid, 1998.

Liebman, Enrico Tullio. Eficacia y Autoridad de la Sentencia y Otros Estudios sobre la Cosa Juzgada, Anales de Jurisprudencia, Colección Doctrina, editado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.

Lozano Tovar, Eduardo. Manual de Política Criminal y Criminológica, Porrúa, México, 2007.

Lyons, David. Aspectos morales de la teoría jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política, Gedisa, Barcelona, 1998.

Marcó Del Pont, Luis. Derecho Penitenciario, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1984.

Martínez Bastida, Eduardo. Política Criminológica, Porrúa, México, 2007.

Massini, Carlos. El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.

Medellín Urquiaga, Ximena, Juan Carlos Arjona Estévez y José Antonio Guevara Bermúdez. Manual Básico sobre la Corte Penal Internacional, editado por Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009.

Medina Rubio, Tamara D; Pérez Garrido, Ana Yeli; Guerrero Rosales, Humberto Francisco; Gutiérrez Contreras, Juan Carlos; López Pérez, Nancy Jocelyn; Gómez Jaimes, Edgar A; y Gutiérrez Contreras, Juan Carlos, Coordinador. Noche y Niebla. Por los Caminos de la Impunidad en México. Un Estudio sobre Tortura, Desaparición Forzada y Justicia Militar, editado por Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A. C., México, 2008.

Megías Quirós, José Justo (Coordinador). Manual de Derechos Humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

Meneses, Armando; Iván Alonso Báez Díaz, María José Veramendi Villa y Roselia Bustillo Marín, (compiladores) Digesto de Recomendaciones Emitidas por los Organismos de Protección de Derechos Humanos en México, editado por Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México, 2009.

Mill, John Stuart. Sobre la libertad, Alianza, Madrid, 1997.

Morange, Jean. Las libertades públicas, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1981.

Nakhnikian, George. El Derecho y las Teorías Éticas Contemporáneas, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 1991.

Nino, Carlos Santiago. Ética y derechos humanos, Astrea, Buenos Aires, 1989.

Nogueira Alcalá, Humberto. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

Ovalle Favela, José. Teoría General del Proceso, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Oxford, México, 1996.

- Garantías Constitucionales del Proceso, Colección Serie Jurídica, Editorial McGrawHill, México, 1997.

Oficina Internacional del Trabajo (OIT). Panorama Laboral 2010. América Latina y el Caribe. Perú, 2010.

Ollero, Andrés. Derechos humanos. Entre la moral y el derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007.

- Derechos humanos y metodología jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

Ovalle Favela, José. Garantías Constitucionales del Proceso, Editorial McGrawHill, Serie Jurídica, México, 1996.

Peláez Ferrusca, Mercedes. Derechos de los Internos del Sistema Penitenciario Mexicano, editado por Cámara de Diputados, LVII Legislatura y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.

Pérez Carrillo, Agustín y otros. Filosofía Jurídica. Ensayos en Homenaje a Ulises Schmill, "Hans Kelsen y un Problema de Interpretación Jurídica", Porrúa, México, 2008.

- Carácter y Funcionarios Públicos, editado por Universidad de Hermosillo, Hermosillo (Sonora), 1994.
- Racionalidad y Suspensión de Garantías Individuales, Universidad de Hermosillo, 1998.
- La Derrotabilidad del Derecho, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 2003.

Pérez Luño, Antonio E. Los derechos fundamentales, Tecnos, Madrid, 2005.

Platas Pacheco, María Del Carmen. Filosofía del Derecho. Lógica jurídica, 3ª edición, Porrúa, México, 2008.

- Filosofía del Derecho. Argumentación jurisdiccional, 2ª edición, Porrúa, México, 2007.

Prieto Sanchíz, Luis. Estudios sobre derechos fundamentales, Debate, Madrid, 1990.

Radbruch, Gustav. Introducción a la filosofía del derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 2005.

Ramírez García, Hugo Saúl y Pedro de Jesús Pallares Yabur. Derechos Humanos, Oxford, México, 2011.

Requenses Galnares, Arturo; Courtis Christian; Nash Rojas, Claudio E; Rodríguez Pinzón, Diego; Salmón, Elizabeth; González Morales, Felipe; Carmona Tinoco Joege Ulises; Mantilla Falcón, Julissa; González Volio, Lorena; Saffón, María Paula; Del Toro Huerta, Mauricio Iván; Lugo Galicia, Miguel Ángel; Matzumoto Benítez, Namiko; y Arjona Estévez, Juan Carlos y Veramendi Villa, María José, Coordinadores. Análisis de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, editado por la Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México, 2009.

Reyes Tayabas, Jorge. Derecho constitucional aplicado a la especialización en amparo, 4ª edición, Colección Textos Universitarios, Editorial Themis, México, 1998.

Rodríguez Manzanera, Luis. La Crisis Penitenciaria y los Sustitutivos de la Prisión, Porrúa, México, 2004.

Ruiz Rodríguez, Virgilio. Filosofía del Derecho, editado por el Instituto Electoral del Estado de México, México, 2010.

Salcedo Flores, Antonio. “Un Acercamiento al Universo Jurídico de los Aztecas”, en Duránd Alcántara, Carlos Humberto (coord.), El derecho al desarrollo social. Una visión desde el multiculturalismo. El caso de los pueblos indígenas, Porrúa, México, 2008.

- Propuesta de un Nuevo Paradigma para la Enseñanza y la Práctica del Derecho, editado por Universidad Autónoma Metropolitana, Ciencias Sociales y Humanidades, México, 2007.

Sánchez Bringas, Enrique. Los derechos humanos en la constitución y en los tratados internacionales, Porrúa, México, 2001.

Santos Azuela, Héctor. Teoría General del Proceso, McGraw-Hill, México, 2000.

Schmill Ordóñez, Ulises. Lógica y Derecho, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 2008.

- Origen de la Normatividad, Democracia y Revoluciones, Fontamara, México, 2008.

Sepúlveda, Iguíniz, Ricardo; Carbonell Sánchez, Miguel; López Reina Omeheira; De La Torre Martínez, Carlos; Rodríguez Huerta, Gabriela; Rodríguez Manzo, Gabriela; Cano López, Luis Miguel; Bautista, Allet; Carmona Tinoco, Jorge Ulises; García Zalvidea, José Luis Máximo; Beltrán y Puga, Alma Luz; Gutiérrez Contreras, Juan Carlos; Pulido Jiménez, Miguel Ángel; y Castañeda De La Mora, Citlalin y Vidal León, Angelina Monserrat, Coordinadora y asistente, respectivamente. Memorias de las Mesas de Estudio sobre la Reforma Constitucional en Derechos Humanos, Grupo Interagencial de Derechos Humanos del Equipo del País del Sistema de las Naciones en México, México, 2008.

Serna, Pedro y Fernando Toller. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000.

Sierra Madero, Dora María. La discriminación contra la mujer en el derecho mexicano. 50 aniversario del voto femenino en México, Porrúa, México, 2004.

Silva Silva, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal, 1ª reimpresión, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Oxford, México, 1999.

Squella, Agustín. Positivism jurídico, democracia y derechos humanos, Fontamara, México, 1998.

Tenorio Cueto, Guillermo Antonio (coord.); John Finnis, Rodolfo Luis Vigo, Carlos Massini, Fernando Toller, Andrés Ollero, Hugo Saúl Ramírez García, Juan Abelardo Hernández Franco y Daniel H. Castañeda y G., Humanismo Jurídico, Porrúa y Universidad Panamericana, México, 2006.

- Tenorio Cueto, Guillermo Antonio (autor y coord.); Jaime Olaiz González, Noam Chomsky, Ana Azurmendi, Fernando M. Toller, José Luis Ortiz Garza, José Daniel Hidalgo Murillo, Miguel Ángel Lugo Galicia y Juan Manuel Acuña, La Libertad de Expresión y sus Fronteras Contemporáneas, Porrúa y Universidad Panamericana, México, 2007.

Tenorio Tagle, Fernando. 500 Años de Razones y Justicia. Las Memorias del Ajusticiamiento, editado por la Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1999.

Universidad Autónoma Metropolitana, Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana, Programa de Derechos Humanos y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Segundo Taller Práctico “Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos: Herramientas para la Defensa.” Estudio de casos. Versión electrónica, México, 2009.

Vega, Pablo; Gusi, Gabriela; Obando, Ana Elena; García Cantos, Maximiliano; Ibáñez, Perfecto Andrés; Cavaliere, Antonio; Mora, Luis Paulino, Méndez, Juan E; y Zaffaroni, Eugenio Raúl y Carranza, Elías, Coordinadores. Los Derechos Fundamentales en la Instrucción Penal en los Países de América Latina, Porrúa, México, 2009.

Viehweg, Theodor. Tópica y Jurisprudencia, traducción de Luis Diez-Picazo Ponce de León, Taurus, Madrid, 1964.

Vigo, Rodolfo Luis. De la Ley al Derecho, Porrúa, México, 2005.

- El Iusnaturalismo Actual, de M. Villey a J. Finnis, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 2003.

Villán Durán, Carlos. Curso de derecho internacional de los derechos humanos, Trotta, Madrid, 2002.

Tesis Profesionales

Aguilar Miranda, Silvia Yadira. La Inconstitucionalidad del Arraigo en Materia Penal. Universidad Autónoma Metropolitana, Licenciatura en Derecho, Trabajo Terminal, México, 2007.

Garza Sandoval, Israel Heriberto. Los Derechos Humanos en el Texto de la Constitución Mexicana: ¿Por qué no se respetan? Universidad Autónoma Metropolitana, Licenciatura en Derecho, Trabajo Terminal, México, 2009.

López Valerio, Patricia Mayely. La Ejecución de las Penas y Medidas de Seguridad Privativas de Libertad, en el Sistema Penitenciario Mexicano. Universidad Autónoma Metropolitana, Licenciatura en Derecho, Trabajo Terminal, México, 2009.

Quiroz Rivas, Lidia Berenice; Nancy Lizet Santillán Robles y María del Sol Jacqueline Pérez Trejo. La Sobrepoblación en el Reclusorio Norte. Universidad Autónoma Metropolitana, Licenciatura en Derecho, Trabajo Terminal, México, 2010.

Salcedo González, Sandra. El Proceso y los Derechos Humanos. Universidad Autónoma Metropolitana, Licenciatura en Derecho, Trabajo Terminal, México, 2005.

- Reforma Constitucional de Derechos Humanos: La Facultad de Investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Universidad Iberoamericana, Maestría en Derechos Humanos, Tesis de Grado, México, 2011.

Tenorio Cueto, René. Problemática en torno a la prisión preventiva. Universidad Panamericana, Facultad de Derecho, Tesis, México, 2002.

Trápaga Ramírez, Jesús. El Principio de Inocencia en la Materia Penal. Universidad Autónoma Metropolitana, Licenciatura en Derecho, Trabajo Terminal, México, 1997.

Verdiguel Picazo, Ricardo Adrián. La Transformación Funcional del Ministerio Público y la Policía Judicial. Universidad Autónoma Metropolitana, Licenciatura en Derecho, Trabajo Terminal, México, 2009.

Revistas

Alegatos número 58. Sección Artículos de Investigación. La Verdad Procesal, Antonio Salcedo Flores, Universidad Autónoma Metropolitana, Ciudad de México, 2004, pp. 379-390.

- 68-69, Sección Artículos de Investigación. Análisis de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas. La Ratificación de México, Susana Núñez Palacios, Universidad Autónoma Metropolitana, Ciudad de México, 2008, pp. 53-70.
- Ib. Defensa y prevención de violaciones a los derechos humanos, Liliana Fort Chávez, pp. 133-142.
- 77, Sección Doctrina. Controversias de Arrendamiento Inmobiliario. 25 años de inconstitucionalidad, 2011, pp. 33-62.

ARS IURIS número 38/2007, Sección Actualidad Académica. La objeción de conciencia en las democracias constitucionales de una sociedad globalizada y multicultural, Dora María Sierra Madero, Universidad Panamericana, México, 2007, pp. 265-287.

- 39/2008, Sección Libros. Innovación judicial. Profesionalización, rendición de cuentas y ética, de Alejandro Romero Gudiño, Hugo Saúl Ramírez García, pp. 367-369.
- 40/2008, Sección Estudios Jurídicos, La filosofía de los derechos humanos de Juan Pablo II, Francisco Olguín Uribe, pp. 147-188.
- 41/2009, Sección Libros. Sistemas jurídicos, Emilio Maus Rats, pp. 279-283.
- Ib. Derecho Procesal Constitucional. Origen Científico (1928-1956), Laura M. Rangel Hernández, pp. 291-296.
- Ib. Supremacía Constitucional, José Antonio Sánchez Barroso, pp. 297-300.
- 42/2009, Sección Estudios Jurídicos. Derecho a la defensa y sistemas de justicia penal en México, José Daniel Hidalgo Murillo, pp. 113-142.
- 43/2010, Sección Estudios Jurídicos. La Supremacía Constitucional y su Evolución Constitucional en México, Marcos Francisco Del Rosario Rodríguez, pp. 13-46.
- Ib. Sección Actualidad Académica. Simetría, Equilibrio y Oralidad como Elementos Rectores del Proceso Penal Acusatorio Mexicano, Javier Paz Rodríguez, pp. 167-185.
- 44/2010, Sección Estudios Jurídicos. La ponderación en movimiento. Un ejemplo de su apreciación como medio para resolver la colisión entre derechos fundamentales, Francisco Vázquez-Gómez Bisogno, pp. 133-174.

- 45/2011, Sección Estudios Jurídicos. Alcance en la Defensa de los Derechos Humanos en Acciones de Inconstitucionalidad, Edgar Corzo Sosa y José María Soberanes Díez, pp. 13-52.
- Ib. Sección Reseña. Internet y derechos fundamentales, Hugo Saúl Ramírez García, pp. 321-324.
- 46/2011, Sección Actualidad Legislativa. El neoconstitucionalismo procesal y la eficacia horizontal de los derechos humanos. Su relación con las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos en México, _____, pp. 247-309.
- 60 Especial, julio/2009. Problemática de la Decisión Jurídica, Frente a Casos Concretos. Principialismo e Historicidad, Roberto Ibáñez Mariel, pp. 347-382.

Cejil número 3. Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, Buenos Aires, 2007.

De la Facultad de Derecho Tomo LIII, número 240. La paz y la tolerancia como señal del progreso en la historia, Liliana Fort Chávez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 75-87.

- Ib. Tomo LIV, número 242. La superación de la violencia y la corrección del razonamiento judicial en Kant, pp. 95-109.
- Ib. Tomo LV, número 243. Escenarios de derrotabilidad y no derrotabilidad del Derecho, pp. 25-43.

Del Doctorado en Derecho número 2. El fundamento jurídico de los derechos humanos. ¿Por qué es jurídicamente exigible su obligatoriedad? Antonio Salcedo Flores, Universidad Panamericana, Seminario de Derechos Humanos, México, 2007.

Diálogo Jurisprudencial 5-8. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tribunales Nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 2010.

Iberoamericana de Derechos Humanos número 3, Sección Artículos. Immunitis and universal jurisdiction before the International Court of Justice: The Certain Criminal Proceedings Case Against France, Sofía Lascurrain, Universidad Iberoamericana y Fundación Konrad Adenauer, México, 2008, pp. 27-65.

- Ib. El desafío de reparar las violaciones de los derechos humanos, Claudio Nash Rojas, pp. 69-99.
- El proceso judicial y la protección de la persona del indio en la inquisición y en el Tribunal Eclesiástico Ordinario del Arzobispado de México. Siglo XVII, Jorge E. Traslosheros, pp. 103-125.
- 4, Sección Artículos. El carácter vinculante de las medidas provisionales y las consecuencias de su incumplimiento bajo el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Clara Burbano Herrera e Yves Haeck, Universidad Iberoamericana y Fundación Konrad Adenauer, México, 2009, pp. 5-34.
- Ib. The right to life and international criminal law: is the regulation coherent?, Javier Dondé Matute, pp. 75-109.
- Ib. Las quejas individuales ante el Comité de Derechos Humanos: competencia, admisibilidad y jurisprudencia, Carlos Villán Durán, pp. 147-175.

Isonomía número 26, Artículos. La objeción de conciencia de los testigos de Jehová en relación con los símbolos patrios en México. Un caso de colisión de principios constitucionales, Arturo Bárcena Zubieta, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2007.

Iustitia número 14, Artículos. Hermenéutica Analógica, Multiculturalismo y Derechos Humanos, Jacob Buganza, Tecnológico de Monterrey, Monterrey (Nuevo León), 2006.

- 17, Artículos. Los Derechos Fundamentales en la Teoría Jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli, Rafael Enrique Aguilera Portales y Rogelio López Sánchez, 2007.

Latinoamericana de Derecho números 7-8, Biblioteca Jurídica Virtual. Motivos que justifican la Prisión Preventiva, Ricardo Matías Pinto, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, pp. 55-87.

Trabajo número 64. La OIT a los 90: Trabajar para la Justicia Social, Oficina Internacional del Trabajo, Nueva York, 2008.

Manuales

Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A. C., Procedimientos de Defensa de los Derechos Humanos: Técnicas de Respuesta Rápida y Mecanismos Internacionales de Protección a los Derechos Humanos, México, 2003.

Medellín Urquiaga, Ximena; Arjona Estévez, Juan Carlos y Guevara Bermúdez, José Antonio. Manual Básico sobre la Corte Penal Internacional, editado por Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009.

Informes

Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, en relación con el desempeño de Sir Nigel Rodley, Relator Especial, en particular sobre las cuestiones de la Tortura y la Detención en México. Enero de 2000.

Centro de Investigaciones Docentes y Económicas, CIDE, Sobre la Población Carcelaria en México, correspondientes a los años de 2000 a 2010.

Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, acerca de la visita que hizo a México del 27 de octubre al 10 de noviembre de 2002, relacionado como E/CN.4/2003/Add.3, de fecha 17 de noviembre de 2002.

Oficina Internacional del Trabajo (OIT). 20 Millones de Jóvenes con Empleos Productivos y Trabajo Decente Construyen Progreso, Perú, 2007.

Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, acerca del desempeño del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, de fecha 4 de febrero de 2009.

Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados, de diciembre de 2010.

Preliminar del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Desaparición Forzada e Involuntaria, de su visita a México en Marzo de 2011. Lo hizo público el 31 de marzo de 2011.

Leyes

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal Federal

Código Federal de Procedimientos Penales

Código Penal para el Distrito Federal

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Jurisprudencia

Del Poder Judicial de la Federación (1917-2011). En IUS 2011.

Del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (1990-2011). En Anales de Jurisprudencia.

De la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Análisis de Jurisprudencia de la CIDH. Universidad Iberoamericana, México, 2008.

Del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. En Genocidio, Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad: Compendio temático sobre jurisprudencia. Universidad Iberoamericana, México, 2010.

Anexos

Anexo 1. Código Penal para el Distrito Federal

Delitos que merecen pena privativa de libertad y, por lo tanto, prisión preventiva.²¹⁰

P r e s e n t a c i ó n

Este documento ha sido elaborado como el primero de los anexos de la tesis doctoral “La Prisión Preventiva en el Marco de los Derechos Humanos”. Ayudará a demostrar que la prisión preventiva no es excepcional y sí la regla general para los procesos penales que se tramitan en el Distrito Federal, entidad que, de acuerdo con los artículos 556, fracción IV, y 268, párrafo quinto, de su Código de Procedimientos Penales, aplica la prisión preventiva a todos los delitos cuya media aritmética rebase cinco años de prisión, criterio cuantitativo que es intrascendente frente a la regla cualitativa que contiene el artículo 18 constitucional, al disponer que la prisión preventiva será aplicada a los delitos que merezcan pena privativa de libertad, de 36 horas, 80 años, no importa cuánto. Así que veremos cuáles y cuántos de los delitos que previene el Código Penal para el Distrito Federal, son susceptibles de prisión preventiva de acuerdo con el precepto constitucional mencionado. Si logramos demostrar que son una enorme mayoría, también habremos probado que es engañosa la declaración que aparece en la Constitución, precisamente en el artículo 18 que expresa “Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva” y que además sigue pendiente de cumplimiento el deber de nuestro Constituyente de convertir a la prisión preventiva en una regla excepcional, de acuerdo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9, párrafo 3 “la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general” y a la propia Declaración de Intenciones de su Reforma Constitucional Penal del año 2008, en la que la Cámara de Diputados expresó: “Para los efectos de evitar los excesos cometidos hasta ahora con la prisión preventiva, se acordó establecer el principio de subsidiariedad y excepcionalidad para la procedencia de este instituto.”²¹¹ y en la que la Cámara de Senadores ratificó “Se comparte la idea expuesta en la minuta en estudio, de evitar los excesos cometidos hasta ahora con la prisión preventiva. En virtud de ello, se estima procedente establecer el principio de subsidiariedad y excepcionalidad para la procedencia de este instituto.”²¹²

Para saber si nuestro Constituyente Permanente cumplió su deber y satisfizo sus intenciones, veremos qué tan excepcional resulta ser la prisión preventiva en el Código Penal para el Distrito Federal, ordenamiento al que aplicaremos el artículo 18 constitucional.

²¹⁰ En este trabajo, por los particulares objetivos que perseguimos, no hemos incluido las sanciones consistentes en multa, destitución, suspensión, inhabilitación, prohibición de ir a lugar determinado, etcétera, cuando aparecen como adicionales a la pena principal. Sólo analizamos la pena de prisión y la multa, a esta última cuando tiene carácter de pena alternativa o sanción única.

²¹¹ Dictamen de las Comisiones Unidas. Cámara de Diputados, 10 de diciembre de 2007. Artículo 19. Medidas cautelares y prisión preventiva.

²¹² Dictamen de las Comisiones Unidas. Cámara de Senadores, 13 de diciembre de 2007. Artículo 19. Medidas cautelares y prisión preventiva.

La muestra se elaboró para el Distrito Federal, pero es aplicable, junto con la comprobación mencionada, en todos los demás Estados de la República Mexicana, en virtud de que todos ellos sancionan la comisión de delitos con pena privativa de libertad, en forma casi exclusiva.

Se relacionan las familias de tipos penales que previene y castiga el Código Penal para el Distrito Federal, se señala, por un lado, la sanción mínima y, por el otro, la máxima. Esto no se hizo para una conducta típica determinada, sino para todas las conductas que se agrupan en el determinado capítulo. Por lo anterior es que esta relación no es apta para obtener la media aritmética de la conducta delictiva que nos permita saber si se está en posibilidad de conseguir o no la libertad bajo caución en términos, por ejemplo, de lo que disponen los artículos 556, fracción IV, en relación con el 268, ambos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

El estudio se realizó, entre otros propósitos, para conocer cuáles y cuántos delitos de los contenidos en el código punitivo del Distrito Federal merecen pena de prisión y, por lo tanto, son susceptibles a la aplicación de la prisión preventiva, de acuerdo con las reformas que en el año 2008, se practicaron a nuestra Constitución.

Se destacan los tipos que tienen pena alternativa, es decir en los que el legislador faculta al juez para imponer pena privativa de libertad o alguna otra sanción.

También se resaltan las conductas delictivas que no merecen privación de la libertad.

Como podrá apreciarse, casi todos los delitos que establece el Código Penal para el Distrito Federal, merecen pena privativa de libertad y, en consecuencia, prisión preventiva de conformidad con lo que ordena el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A los delitos que no tengan señalada en la ley pena privativa de libertad no les sería aplicable en forma directa la prisión preventiva ordenada por el artículo 18, sin embargo tampoco esos casos escaparán a la detención preventiva, pues se les también se les impondrá porque así lo mandan las reglas contenidas en el artículo 19 constitucional, párrafos segundo y tercero.

Como constataremos, son muy pocas las conductas delictivas que merecen pena privativa o alternativa y excepcionales las que no merecen pena privativa de libertad.

No se incluyeron la tentativa ni los delitos culposos, porque sólo disminuyen la cantidad de pena y lo este estudio pretende es conocer los delitos que merecen pena privativa de libertad, sin que, para este caso, sea relevante la cantidad.

Código Penal para el Distrito Federal

Libro Segundo

Título Primero

Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal

Sanción mínima: 30 días multa (salario mínimo)

Máxima: 50 años de prisión.

Homicidio. Merece pena privativa de libertad de 4 a 50 años.

Lesiones. Merece pena privativa de libertad en seis de siete supuestos, que van desde 6 meses a 13 años 4 meses de prisión. En el supuesto excepcional, cuando las lesiones tardan en sanar menos de quince días, merece de **30 a 90 días multa. No es privativa de libertad.**

Ayuda o Inducción al Suicidio. Merece de 3 meses a 50 años de prisión.

Aborto. La mujer que practique o consienta su aborto, después de las doce semanas de embarazo, merece pena alternativa: de 3 a 6 meses de prisión o de 100 a 300 días multa.

Quien haga abortar a una mujer, sin su consentimiento, merece pena privativa de libertad de 8 a 10 años.

Nota. Este título contiene 11 tipos penales, 9 de ellos merecen sólo pena privativa de libertad, el 82%.

Título Segundo

Procreación Asistida e Inseminación Artificial

Sanción mínima: 2 años de prisión

Máxima: 14 años de prisión.

Procreación Asistida e Inseminación Artificial. Merece pena privativa de libertad de 3 a 14 años de prisión.

Manipulación Genética. Merece pena privativa de libertad de 2 a 6 años de prisión.

Nota. El 100% de los delitos de este título merecen sólo pena privativa de libertad.

Título Tercero

Delitos de Peligro para la Vida o la Salud de las Personas

Sanción mínima: 15 días multa

Máxima: 10 años de prisión.

Omisión de Auxilio o de Cuidado. Merece de 15 días multa a 3 años de prisión.

Peligro de Contagio. Merece de 3 meses a 10 años de prisión.

Nota. El 100% de los anteriores delitos merece sólo pena privativa de libertad.

Título Cuarto

Delitos Contra la Libertad Personal

Sanción mínima: 6 meses de prisión

Máxima: 80 años de prisión.

Privación de la Libertad Personal. Merece de 6 meses a 8 años de prisión.

Privación de la Libertad con Fines Sexuales. Merece pena privativa de libertad de 3 meses a 5 años.

Secuestro. Merece de 20 a 80 años de prisión.

Desaparición Forzada de Personas. Merece de 8 a 40 años de prisión.

Tráfico de Menores. Merece de 2 a 24 años de prisión.

Retención y Sustracción de Menores o Incapaces. Merece de 1 a 22 años 6 meses de prisión.

Nota. El 100% de estos delitos merece sólo pena privativa de libertad.

Título Quinto

Delitos Contra la Libertad y la Seguridad Sexuales y el Normal Desarrollo Psicosexual

Sanción mínima: 6 meses de prisión

Máxima: 33 años 4 meses de prisión.

Violación. Merece de 6 a 28 años 4 meses de prisión.

Abuso Sexual. Merece de 1 a 11 años 7 meses de prisión.

Hostigamiento Sexual. Merece de 6 meses a 3 años de prisión.

Estupro. Merece de 6 meses a 4 años de prisión.

Incesto. De un año de tratamiento en libertad a 20 años de prisión.

Si uno de los agentes en el incesto no es mayor de dieciocho años de edad, mientras que el otro sea menor de doce años. Este delito merece pena de 1 a 6 años de prisión o pena alternativa de 1 a 6 años de tratamiento en libertad.

Violación, Abuso Sexual y Hostigamiento Sexual, Cometidos a Menores de Doce Años de Edad. Merece de 2 a 33 años 4 meses de prisión.

Nota. De los seis delitos de este título, 5 de ellos merecen sólo pena privativa de libertad, es decir, el 83%.

Título Sexto

Delitos Contra el Libre Desarrollo de la Personalidad Cometidos en Contra de las Personas Mayores y Menores de Dieciocho Años de Edad o Personas que No Tengan Capacidad para Comprender el Significado del Hecho o Personas que No Tengan la Capacidad para Resistir la Conducta

Sanción mínima: 1 año de prisión

Máxima: 33 años 9 meses de prisión.

Corrupción de Personas Menores de Edad o Personas que No Tengan Capacidad para Comprender el Significado del Hecho o de Personas que No Tengan Capacidad de Resistir la Conducta. Merece de 1 a 31 años 6 meses de prisión.

Turismo Sexual. Merece pena privativa de libertad de 7 a 21 años.

Pornografía. Merece de 1 a 21 años de prisión.

Trata de Personas. Merece de 10 a 33 años 9 meses de prisión.

Lenocinio. Merece de 2 a 33 años 9 meses de prisión.

Explotación Laboral de Menores o Personas con Discapacidad Física o Mental.

Merece pena privativa de libertad de 2 a 13 años 6 meses.

Nota. El 100% de estos delitos merece sólo pena privativa de libertad.

Título Séptimo

Delitos que Atentan Contra el Cumplimiento de la Obligación Alimentaria

Sanción mínima: 90 días multa

Máxima: 6 años de prisión.

Único. Merece de 6 meses a 6 años o la alternativa de 90 a 360 días multa.

Nota. En este título el delito merece pena privativa de libertad o pena no privativa de libertad. El artículo 18 constitucional, ordena la prisión preventiva para los delitos que merezcan pena privativa de libertad, no menciona los delitos que merecen pena privativa o pena no privativa, surge la duda que deberá interpretarse a favor del procesado porque así lo ordenan los principios in dubio pro reo y pro homine y, en consecuencia, a los delitos con pena alternativa no se les debe aplicar la prisión preventiva que dispone el artículo 18 constitucional. Sin embargo, se les puede aplicar la prisión preventiva que establece el artículo 19 constitucional en sus párrafos segundo y tercero.

Título Octavo

Delitos Cometidos en Contra de un Integrante de la Familia

Sanción mínima: 6 meses de prisión

Máxima: 6 años de prisión.

Violencia Familiar. Merece de 6 meses a 6 años de prisión.

Título Noveno

Delitos Contra la Filiación y la Institución del Matrimonio

Sanción mínima: 1 año de prisión

Máxima: 6 años de prisión.

Estado Civil. Merece de 1 a 6 años de prisión.

Bigamia. Merece de 1 a 5 años de prisión.

Nota. El 100% de estos delitos merece sólo pena privativa de libertad.

Título Décimo

Delitos Contra la Dignidad de las Personas

Sanción mínima: 1 año de prisión

Máxima: 4 años 6 meses.

Discriminación. Merece de 1 año a 4 años 6 meses de prisión.

Título Décimo Primero

Delitos Contra las Normas de Inhumación y Exhumación y Contra el Respeto a los Cadáveres o Restos Humanos

Sanción mínima: 3 meses de prisión

Máxima: 8 años.

Inhumación, Exhumación y Respeto a los Cadáveres o Restos Humanos. Merece pena privativa de libertad de 3 meses a 8 años.

Título Décimo Segundo

Delitos Contra la Paz, la Seguridad de las Personas y la Inviolabilidad del Domicilio

Sanción mínima: 90 días multa

Máxima: 4 años de prisión.

Amenazas. Merece de 3 meses a 1 año de prisión o la alternativa de 90 a 360 días multa.

Allanamiento de Morada, Despacho, Oficina o Establecimiento Mercantil. Merece de 6 meses a 4 años de prisión.

Título Décimo Tercero

La Inviolabilidad del Secreto

Sanción mínima: 6 meses de prisión
Máxima: 3 años de prisión.

Revelación de Secretos. Merece de 6 meses a 3 años de prisión.

Título Décimo Quinto

Delitos Contra el Patrimonio

Sanción mínima: 30 días multa
Máxima: 27 años de prisión.

Robo. Merece de 30 días multa a 27 años de prisión. Cuando el robo sea para usar y no para apropiarse la cosa, existe la pena alternativa de 30 a 90 días multa.

Abuso de Confianza. Merece de 30 días multa a 12 años de prisión. En el caso de que el valor de lo dispuesto no exceda de cincuenta veces el salario mínimo o no sea posible determinar su valor, se aplicará multa de 30 a 90 días de salario mínimo. **Este último caso no merece pena privativa de libertad.**

Fraude. Merece de 25 días multa a 18 años 4 meses de prisión. Cuando el valor de lo defraudado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo o no pueda determinarse, se aplicará multa de 25 a 75 días multa. **Este último caso no merece pena privativa de libertad.**

Administración Fraudulenta. Merece las mismas penas que el fraude.

Insolvencia Fraudulenta en Perjuicio de Acreedores. Merece de 6 meses a 4 años de prisión.

Extorsión. Merece de 2 a 19 años 4 meses de prisión.

Despojo. Merece pena privativa de libertad de 3 meses a 12 años siete meses.

Daño a la Propiedad. Merece de 10 días multa a 10 años seis meses de prisión. Cuando el valor del daño no exceda de veinte veces el salario mínimo o no sea posible determinarlo, se aplicará multa de 10 a 60 días multa. **Este último caso no es privativo de libertad.**

Encubrimiento por Receptación. Merece de 2 a 10 años de prisión.

Nota. En este Título son 49 tipos delictivos, de ellos, 46 merecen pena privativa de libertad, de éstos 1 alternativa de multa; mientras 3 sólo merecen multa. De lo anterior tenemos que más del 93% de los delitos previstos en este Título merecen pena privativa de libertad.

Título Décimo Sexto

Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita

Sanción mínima: 5 años de prisión
Máxima: 22 años 6 meses de prisión.

Capítulo Único. Merece prisión de 5 a 22 años 6 meses.

Título Décimo Séptimo

Delitos Contra la Seguridad Colectiva

Sanción mínima: 90 días multa

Máxima: 18 años de prisión.

Portación, Fabricación e Importación de Objetos Aptos para Agredir. Merece de 3 meses a 3 años de prisión o la pena alternativa de 90 a 360 días multa.

Pandilla, Asociación Delictuosa y Delincuencia Organizada. Merece de 4 a 18 años de prisión.

Título Décimo Octavo

Delitos Contra el Servicio Público Cometidos por Servidores Públicos

Sanción mínima: 3 meses de prisión

Máxima: 12 años de prisión.

Ejercicio Ilegal y Abandono del Servicio Público. Merece prisión de 1 a 11 años 7 meses.

Abuso de Autoridad y Uso Ilegal de la Fuerza Pública. Merece de 1 a 9 años de prisión.

Coalición de Servidores Públicos. Merece pena privativa de libertad de 1 a 7 años.

Uso Ilegal de Atribuciones y Facultades. Merece de 3 meses a 12 años de prisión.

Intimidación. Merece de 3 a 10 años de prisión.

Negación del Servicio Público. Merece prisión de 2 a 8 años.

Tráfico de Influencia. Merece de 2 a 9 años de prisión.

Concusión. Merece de 3 meses a 12 años de prisión.

Enriquecimiento Ilícito. Merece prisión de 6 meses a 12 años.

Usurpación de Funciones Públicas. Merece de 1 a 6 años de prisión.

Nota. El 100% de estos delitos merece pena privativa de libertad.

Título Décimo Noveno

Delitos Contra el Servicio Público Cometidos por Particulares

Sanción mínima: 30 días multa

Máxima: 8 años de prisión.

Promoción de Conductas Ilícitas, Cohecho y Distracción de Recursos Públicos. Merece de 6 meses a 5 años de prisión.

Desobediencia y Resistencia de Particulares. Merece prisión de 6 meses a 5 años.

Oposición a que se Ejecute Alguna Obra o Trabajo Públicos. Merece de 60 días en semilibertad a dos años de prisión. Si quien trata de impedir el trabajo público, actúa solo, la pena será **semiprivativa de libertad**.

Quebrantamiento de Sellos. Merece prisión de 6 meses a 8 años.

Ultrajes a la Autoridad. Merece de 90 a 180 días de semilibertad, es decir, de **semiprivación de libertad**.

Ejercicio Ilegal del Propio Derecho. Merece prisión de 3 meses a 1 año o la pena **alternativa** de 30 a 90 días multa.

Contra un Agente de la Autoridad. Merece de 1 a 3 años de prisión.

Nota. La semilibertad podría considerarse una semiprivación de libertad y en esa condición pretender aplicarle la prisión preventiva que ordena el artículo 18 constitucional, extremo que sería improcedente en términos de los razonamientos vertidos en la nota que se apuntó para el Título Séptimo de este documento.

Título Vigésimo

Delitos en Contra del Adecuado Desarrollo de la Justicia Cometidos por Servidores Públicos

Sanción mínima: 2 meses de prisión

Máxima: 12 años de prisión.

Denegación o Retardo de Justicia o Prevaricación. Merece prisión de 1 a 8 años.

Delitos en el Ámbito de la Procuración de Justicia. Merece pena privativa de libertad de 2 a 8 años.

Tortura. Merece de 3 meses a 12 años de prisión.

Delitos Cometidos en el Ámbito de la Administración de Justicia. Merece prisión de 2 a 8 años.

Omisión de Informes Médico Forenses. Merece de 6 meses a 3 años de prisión.

Delitos Cometidos en el Ámbito de la Ejecución Penal. Merece prisión de 2 a 8 años.

Evasión de Presos. Merece de 2 meses a 7 años de prisión.

Nota. El 100% de estos delitos merece sólo pena privativa de libertad.

Título Vigésimo Primero

Delitos Cometidos por Particulares Ante el Ministerio Público, Autoridad Judicial o Administrativa.

Sanción mínima: 6 meses de prisión

Máxima: 20 años de prisión.

Fraude Procesal. Merece de 6 meses a 6 años de prisión. Si el beneficio es económico se aplicarán las penas señaladas para el delito de fraude.

Falsedad Ante Autoridades. Merece de 2 a 20 años de prisión.

Variación del Nombre o Domicilio. Merece de 6 meses a 2 años de prisión.

Simulación de Pruebas. Merece de 1 a 5 años de prisión.

Delitos de Abogados, Patronos y Litigantes. Merece de 6 meses a 4 años de prisión.

Encubrimiento por Favorecimiento. Merece de 6 meses a cinco años de prisión.

Nota. Todos estos delitos merecen sólo pena privativa de libertad.

Título Vigésimo Segundo

Delitos Cometidos en el Ejercicio de la Profesión

Sanción mínima: 1 mes de suspensión en el ejercicio profesional

Máxima: 6 años de prisión.

Responsabilidad Profesional y Técnica. Merece de 1 mes de suspensión a suspensión definitiva en el ejercicio de la profesión. **Esta sanción no es privativa de libertad.**

Usurpación de Profesión. Merece de 2 a 6 años de prisión.

Abandono, Negación y Práctica Indebida del Servicio Médico. Merece prisión de 1 a 6 años.

Responsabilidad de Directores, Encargados, Administradores o Empleados de Centros de Salud y Agencias Funerarias, por Requerimiento Arbitrario de la Contraprestación. Merece de 3 meses a 2 años de prisión.

Responsabilidad de los Directores Responsables de Obra o Corresponsables. Merece de 2 a 5 años de prisión.

Nota. El 80% de los delitos de este título merece sólo pena privativa de libertad.

Título Vigésimo Tercero

Delitos Contra la Seguridad y el Normal Funcionamiento de las Vías de Comunicación t de los Medios de Transporte

Sanción mínima: 30 días multa

Máxima: 12 años de prisión.

Ataques a las Vías de Comunicación y a los Medios de Transporte. Merece de 6 meses a 6 años 7 meses.

Delitos Contra la Seguridad del Tránsito de Vehículos. Merece prisión de 6 meses a 2 años o la pena alternativa de 25 a 100 días multa.

Violación de Correspondencia. Merece de 30 a 90 días multa. **No es privativa de libertad.**

Violación de la Comunicación Privada. Merece de 2 a 12 años de prisión.

Nota. El 50% de estos delitos merece sólo pena privativa de libertad.

Título Vigésimo Cuarto

Delitos Contra la Fe Pública

Sanción mínima: 6 meses de prisión

Máxima: 9 años de prisión.

Producción, Impresión, Enajenación, Alteración o Falsificación de Títulos al Portador, Documentos de Crédito Públicos o Vales de Canje. Merece de 2 a 8 años de prisión.

Falsificación de Sellos, Marcas, Llaves, Cuños, Troqueles, Contraseñas y Otros. Merece de 6 meses a 4 años 6 meses.

Elaboración o Alteración y Uso Indebido de Placas, Engomados y Documentos de Identificación de Vehículos Automotores. Merece de 4 a 8 años de prisión.

Falsificación o Alteración y Uso Indebido de Documentos. Merece de 3 a 9 años de prisión.

Nota. El 100% de estos delitos merece sólo pena privativa de libertad.

Título Vigésimo Quinto

Delitos Contra el Ambiente y la Gestión Ambiental

Sanción mínima: 1 mes 15 días de prisión

Máxima: 13 años 6 meses de prisión.

Delitos Contra el Ambiente. Merece de 3 meses a 13 años 6 meses de prisión.

Delitos Contra la Gestión Ambiental. Merece prisión de 1 mes 15 días a 9 años.

Título Vigésimo Sexto

Delitos Contra la Democracia Electoral

Sanción mínima: 6 meses de prisión

Máxima: 9 años de prisión.

Delitos Electorales. Merece de 6 meses a 9 años de prisión.

Título Vigésimo Séptimo

Delitos Contra la Seguridad de las Instituciones del Distrito Federal

Sanción mínima: 6 meses de prisión

Máxima: 30 años de prisión.

Rebelión. Merece la pena privativa de libertad de 2 a 10 años.

Ataques a la Paz Pública. Merece de 5 a 30 años de prisión.

Sabotaje. Merece de 5 a 15 años de prisión.

Motín. Merece prisión de 6 meses a 7 años.

Sedición. Merece de 6 meses a 12 años de prisión.

Nota el 100% de los delitos previstos en este título se sancionan sólo con pena privativa de libertad.

R e c a p i t u l a c i ó n

144 son los delitos que previene y sanciona el Código Penal para el Distrito Federal.

137 (95%) de ellos merecen pena privativa de libertad.

130 (90%) de ellos merecen sólo pena privativa de libertad, sin posibilidad de pena alternativa no privativa de libertad.

7 (4.8) merecen pena alternativa no privativa de libertad.

2 (1.3%) merecen pena semiprivativa de libertad.

5 (3.4%) merecen pena no privativa de libertad.

C o n c l u s i ó n

La mayor parte de los delitos contenidos en el Código Penal para El Distrito Federal merecen pena privativa de libertad y, por lo tanto, en términos del artículo 18 constitucional, prisión preventiva.

Segunda. En los procesos penales competencia del Distrito Federal, la prisión preventiva es la regla general, de ninguna manera puede considerarse excepcional.

Anexo 2. Código Penal Federal

Delitos que merecen pena privativa de libertad y, por lo tanto, prisión preventiva.

P r e s e n t a c i ó n

Este estudio fue realizado para respaldar, como anexo 2, la investigación de la tesis doctoral “La Prisión Preventiva en el Marco de los Derechos Humanos”, y tiende a demostrar que en México la prisión preventiva no es la excepción en los procedimientos penales, como debería ser, de acuerdo con lo establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración de Intenciones del Constituyente Permanente al reformar, en el año 2008, la Ley Fundamental.

Ahora hemos escogido el Código Penal Federal para ver cuáles y cuántos de los delitos que previene son susceptibles de que se les aplique la prisión preventiva según la regla que establece el artículo 18 constitucional: “Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva”. Optamos por este código por la razón de que se aplica en todo el territorio nacional. El Código Federal de Procedimientos Penales, a diferencia de otros ordenamientos, no dispone la aplicación de la prisión preventiva por criterios cuantitativos, como sería el caso de la media aritmética de la pena, sino que se basa en una clasificación de delitos que él mismo elaboró. En su artículo 194 presenta una relación de delitos que designa graves y en su artículo 399 dispone que para esos delitos no habrá lugar a libertad caucional, siempre se les aplicará prisión preventiva. Criterio y relación secundarios que para esta parte de nuestra investigación son irrelevantes, en virtud de que el objeto actual de nuestro análisis consiste en determinar cuántos de los delitos que contiene el Código Penal Federal merecen pena privativa de libertad, que es la condición que exige el artículo 18 para que les sea aplicada la prisión preventiva. Si resulta que esa condición cualitativa se encuentra en la gran mayoría de los casos, entonces el Constituyente Permanente de 2008, no consiguió ser congruente entre su Declaración de Intenciones y su obra, y además continúa violando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, muy particularmente su artículo 9, párrafo 3.

El presente documento no incluye la penalidad correspondiente a los delitos culposos, la tentativa y los concursos, debido a que dichas instituciones sólo disminuyen o aumentan la cantidad de pena privativa de libertad, modalidad que es intrascendente para el artículo 18 constitucional que sólo requiere que el delito merezca pena privativa de libertad, no le interesa la cantidad.

Citaremos el Título y el Capítulo del código en análisis, destacando las sanciones con que castiga los diversos ilícitos. Nos interesa mostrar cuando castiga con pena privativa de libertad, veremos que casi siempre es así.

No dejaremos de señalar las raras ocasiones en que establece sanciones distintas a la pena privativa de libertad.

Código Penal Federal

Libro Segundo

Título Primero

Delitos Contra la Seguridad de la Nación

Capítulo I. Traición a la Patria
Merece de 1 a 40 años de prisión.

Capítulo II. Espionaje
De 6 meses a 40 años de prisión.

Capítulo III. Sedición
De 6 meses a 15 años de prisión.

Capítulo IV. Motín
De 6 meses a 15 años de prisión.

Capítulo V. Rebelión
De 6 meses a 40 años de prisión.

Capítulo VI. Terrorismo
De 1 a 45 años de prisión.

Capítulo VII. Sabotaje
De 6 meses a 20 años de prisión.

Capítulo VIII. Conspiración
De 1 a 9 años de prisión.

Título Segundo

Delitos Contra el Derecho Internacional

Capítulo I. Piratería
Merece de 15 a 30 años de prisión.

Capítulo II. Violación de Inmunidad y de Neutralidad
De 3 días a 6 años de prisión.

Capítulo III. Terrorismo
De 5 a 40 años de prisión.

Título Tercero

Delitos Contra la Humanidad

Capítulo I. Violación de los Deberes de Humanidad

Merece de 3 a 6 años de prisión.

Capítulo II. Genocidio
De 5 a 40 años de prisión.

Título Cuarto
Delitos Contra la Seguridad Pública

Capítulo I. Evasión de Presos

Merece de 10 jornadas de trabajo a favor de la comunidad a 39 años 10 meses 15 días de prisión.

Si la reaprehensión del evadido se logra por gestiones del responsable de la fuga, a éste se le aplicará una pena de 10 a 180 jornadas de trabajo a favor de la comunidad.

Nótese que esta pena es no privativa de libertad.

El tipo penal contiene 3 penas sólo privativas de libertad y 1 no privativa de libertad.

Capítulo II. Quebrantamiento de Sanción

Merece de 20 días multa a 6 años de prisión.

Este tipo contiene 3 penas sólo privativas de libertad y 2 no privativas de libertad.

Capítulo III. Armas prohibidas

Quien porte, fabrique, importe o acopie, merece de 3 meses a 3 años de prisión o de 180 a 360 días multa.

Quien importe, fabrique, venda, regale o trafique, merece de 6 meses a 3 años de prisión o de 180 a 360 días multa.

En ambos casos existe la posibilidad de la pena alternativa.²¹³

Capítulo IV. Asociación Delictuosa

Merece de 5 a 15 años de prisión.

Título Quinto

Delitos en Materia de Vías de Comunicación y de Correspondencia

Capítulo I. Ataques a las Vías de Comunicación y Correspondencia

Merece de 100 pesos multa a 30 años de prisión.

Capítulo I Bis. Uso Ilícito de Instalaciones Destinadas al Tránsito Aéreo

De 2 a 12 años de prisión.

Capítulo II. Violación de Correspondencia

De 3 jornadas de trabajo a favor de la comunidad a 12 años de prisión.

El empleado que dejare de transmitir o comunicar un mensaje merece de 15 días a 1 año de prisión o de 30 a 180 días multa.

El tipo contiene 3 penas sólo privativas de libertad y 1 alternativa.

²¹³ Alternativa es el término para designar a la figura de los códigos sustantivos penales, en la que el legislador fija una pena y da al juez la facultad de decidir entre ella y una alternativa que también establece el legislador. Normalmente la primera es privativa de libertad y la segunda multa, aunque puede tratarse de jornadas de trabajo en favor de la comunidad, la realización de una obra determinada, etcétera.

Título Sexto

Delitos Contra la Autoridad

Capítulo I. Desobediencia y Resistencia de Particulares

Merece de 15 jornadas de trabajo a favor de la comunidad a 5 años de prisión.

Quien se niegue a prestar un servicio público merece la pena de 15 a 200 jornadas de trabajo a favor de la comunidad.

La sanción anterior es no privativa de libertad.

Quien se niegue a protestar o a declarar en juicio y reincida, merece la pena de 1 a 6 meses de prisión o la pena alternativa de 30 a 90 días multa.

Este tipo contiene 5 penas sólo privativas de libertad, 1 alternativa y 1 no privativa de libertad.

Capítulo II. Oposición a que se Ejecute una Obra o Trabajo Públicos

Merece de 3 meses a 2 años.

Capítulo III. Quebrantamiento de Sellos

De 20 pesos multa a 180 jornadas de trabajo a favor de la comunidad.

Este capítulo contiene 2 penas no privativas de libertad.

Capítulo IV. Delitos Cometidos Contra Funcionarios Públicos

De 1 a 6 años de prisión.

Capítulo V. Ultrajes a las Insignias Nacionales

De 50 pesos multa a 4 años de prisión.

Es 1 pena alternativa.

Título Séptimo

Delitos Contra la Salud

Capítulo I. De la Producción, Tenencia, Tráfico, Proselitismo y Otros Actos en Materia de Narcóticos.

Merece de 3 a 37 años 6 meses de prisión.

Capítulo II. Del Peligro de Contagio

Merece de 3 días a 5 años de prisión.

Título Octavo

Delitos Contra el Libre Desarrollo de la Personalidad

Capítulo I. 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.

Merece de 6 meses a 12 años.

Capítulo II. 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.

De 1 a 12 años de prisión.

Capítulo III. 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.

De 7 a 16 años de prisión.

Capítulo IV. 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.

De 8 a 15 años de prisión.

Capítulo V. Trata 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.

Califica los delitos prevenidos en los Capítulos del I al IV anteriores y duplica la respectiva penalidad. Mínima 2 años, máxima 30 años de prisión.

Capítulo VI. Lenocinio y Trata de Personas

Merece de 2 a 9 años de prisión.

Capítulo VII. Provocación de un Delito y Apología de Éste o de Algún Vicio y de la Omisión de Impedir un Delito que Atente Contra el Libre Desarrollo de la Personalidad, la Dignidad Humana o la Integridad Física o Mental.

De 10 jornadas de trabajo a favor de la comunidad a 3 años de prisión.

El tipo prevé 3 penas sólo privativas de libertad y 1 no privativa de libertad.

Capítulo VIII. Pederastia

Merece de 9 a 27 años de prisión.

Título Noveno

Revelación de Secretos y Acceso Ilícito a Sistemas y Equipos de Informática

Capítulo I. Revelación de Secretos

Merece de 30 jornadas de trabajo en favor de la comunidad a 12 años de prisión.

Contiene 2 penas sólo privativas de libertad y 1 no privativa.

Capítulo II. Acceso Ilícito a Sistemas y Equipos de Cómputo.

De 3 meses a 12 años de prisión.

Título Décimo

Delitos Cometidos por Servidores Públicos

Capítulo II. Ejercicio Indebido de Servicio Público

Merece de 3 días a 7 años de prisión.

Capítulo III. Abuso de Autoridad
De 1 a 9 años de prisión.

Capítulo III bis. Desaparición Forzada de Personas
De 8 meses a 40 años.

Capítulo IV. Coalición de Servidores Públicos
De 2 a 7 años de prisión.

Capítulo V. Uso indebido de Atribuciones y Facultades
De 6 meses a 12 años.

Capítulo VI. Concusión
De 3 meses a 12 años de prisión.

Capítulo VII. Intimidación
De 2 a 9 años de prisión.

Capítulo VIII. Ejercicio Abusivo de Funciones
De 3 meses a 12 años de prisión.

Capítulo IX. Tráfico de Influencia
De 2 a 6 años de prisión.

Capítulo X. Cohecho
De 3 meses a 14 años de prisión.

Capítulo XI. Cohecho a Servidores Públicos Extranjeros
De 3 meses a 14 años de prisión.

Capítulo XII. Peculado
De 3 meses a 18 años de prisión.

Capítulo XIII. Enriquecimiento Ilícito
De 3 meses a 14 años de prisión.

Título Décimo Primero
Delitos Cometidos Contra la Administración de Justicia

Capítulo I. Delitos Cometidos por Servidores Públicos
Merece de 3 a 10 años de prisión.

Capítulo II. Ejercicio Indebido del Propio Derecho
De 30 días multa a 1 año de prisión
Quien emplee violencia para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho
Merece de 3 meses a 1 año de prisión o de 30 a 90 días multa.
Pena alternativa.

Título Décimo Segundo
Responsabilidad Profesional

Capítulo I. Disposiciones Generales
Médicos y Hospitales.
Merece de 3 meses a 2 años de prisión.

Capítulo II. Delitos de Abogados, Patronos y Litigantes
De 2 a 9 años.
7 penas sólo privativas de libertad, 1 no privativa de libertad.
“Los defensores de oficio que no promuevan las pruebas en defensa de los reos serán destituidos.”

Título Décimo Tercero
Falsedad

Capítulo I. Falsificación, Alteración y Destrucción de Moneda
Merece de 1 a 12 años de prisión.

Capítulo II. Falsificación y Utilización Indevida de Títulos al Portador, Documentos de Crédito Público y Documentos Relativos al Crédito.
De 4 a 10 años.

Capítulo III. Falsificación de Sellos, Llaves, Cuños o Troqueles, Marcas, Pesas y Medidas.
De 3 meses a 9 años.

Capítulo IV. Falsificación de Documentos en General
De 4 a 12 años.

Capítulo V. Falsedad en Declaraciones Judiciales y en Informes Dados a una Autoridad
De 1 a 15 años de prisión.

Capítulo VI. Variación del nombre o domicilio
De 10 a 180 jornadas de trabajo a favor de la comunidad.
1 pena no privativa de libertad.

Capítulo VII. Usurpación de Funciones Públicas o de Profesión y Uso Indevido de Condecoraciones, Uniformes, Grados Jerárquicos, Divisas, Insignias y Siglas.
De 1 a 12 años de prisión.

Título Décimo Cuarto
Delitos Contra la Economía Pública

Capítulo I. Delitos Contra el Consumo y la Riqueza Nacionales
Merece de 3 días a 10 años de prisión.

Título Décimo Quinto

Delitos Contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual

Capítulo I. Hostigamiento Sexual, Abuso Sexual, Estupro y Violación

Merece de 40 días multa a 21 años de prisión.

3 penas sólo privativas de libertad.

El hostigamiento sexual, al estar sancionado con hasta 40 días de multa, es una pena no privativa de libertad, que contrasta con las fijadas para las otras conductas contenidas en el título.

Título Décimo Sexto

Delitos Contra el Estado Civil y Bigamia

Merecen de 180 días multa a 6 años de prisión.

1 pena sólo privativa

Para los bígamos 1 pena alternativa:

Hasta 5 años de prisión o de 180 a 360 días multa.

Título Décimo Séptimo

Delitos en Materia de Inhumaciones y Exhumaciones

Capítulo Único. Violación de las Leyes Sobre Inhumaciones y Exhumaciones

Merece de 30 días multa a 8 años de prisión.

1 pena sólo privativa de libertad.

También establece, para quien oculte, destruya, sepulte o exhume un cadáver humano sin cubrir los requisitos legales, 1 pena alternativa: de 3 días a 2 años de prisión o de 30 a 90 días multa.

Título Décimo Octavo

Delitos Contra la Paz y la Seguridad de las Personas

Capítulo I. Amenazas

Merece de 180 días multa a 8 años de prisión.

El tipo previene 1 pena sólo privativa de libertad y 1 pena alternativa.

Capítulo II. Allanamiento de Morada

De 1 mes a 30 años de prisión.

Título Décimo Noveno

Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal

Capítulo I. Lesiones

Merece de 30 días multa a 20 años de prisión

8 penas sólo privativas de libertad.

1 alternativa: Quien infrinja lesiones leves merece de 3 a 8 meses de prisión o de 30 a 50 días multa.

Capítulo II. Homicidio

De 12²¹⁴ a 24 años de prisión

Capítulo III. Homicidio Calificado

De 30 a 60 años de prisión.

Capítulo IV. Homicidio en Razón del Parentesco o Relación

De 10 a 40 años.

Capítulo VI. Aborto

De 6 meses a 8 años.

Capítulo VII. Abandono de Personas

De 10 jornadas de trabajo a favor de la comunidad a 5 años de prisión.

Este tipo contiene 3 penas sólo privativas de libertad, 2 alternativas y 1 no privativa de libertad, esta última para quien encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera y no dé aviso inmediato a la autoridad u omite prestarles el auxilio necesario, entonces se le impondrán de 10 a 60 jornadas de trabajo a favor de la comunidad.

Capítulo VIII. Violencia Familiar

De 6 meses a 4 años.

Título Vigésimo Primero

Privación Ilegal de la Libertad y de Otras Garantías.

Capítulo Único

Merece de 3 días a 10 años.

Título Vigésimo Segundo

Delitos en Contra de las Personas en su Patrimonio

Capítulo I. Robo

De 0 a 29 años 6 meses de prisión.

El tipo contiene 14 penas sólo privativas de libertad, 1 alternativa y 2 delitos sin castigo. Quien robe sin ánimo de apropiación, merece de 1 a 6 meses de prisión o de 30 a 90 días multa.

Quien robe, sin engaños ni violencia, por una sola vez, artículos indispensables para satisfacer necesidades personales o familiares del momento, no recibirá castigo alguno, lo mismo ocurrirá cuando el robo no se haya ejecutado con violencia, el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente

²¹⁴ El homicidio en duelo merece de 2 a 8 años de prisión.

y pague éste todos los daños y perjuicios antes de que la autoridad tome conocimiento del delito.

Capítulo II. Abuso de Confianza
Hasta 12 años de prisión.

Capítulo III. Fraude
De 30 días multa a 12 años de prisión.
El capítulo contiene 21 supuestos delictivos para los que señala sólo pena privativa de libertad, para otro previene pena alternativa: Cuando lo defraudado no exceda de diez veces el salario, se castigará con prisión de 3 días a 6 meses o con multa de 30 a 180 días de salario.

Capítulo III bis. Extorsión
De 2 a 16 años de prisión.

Capítulo V. Despojo de Cosas Inmuebles o de Aguas
De 3 meses a 9 años de prisión.

Capítulo VI. Daño en Propiedad Ajena
De 5 a 10 años de prisión.

Título Vigésimo Tercero
Encubrimiento y Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita

Capítulo I. Encubrimiento
Merece de 3 meses a 3 años de prisión.

Capítulo II. Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita
De 5 a 22 años 6 meses de prisión.

Título Vigésimo Cuarto
Delitos Electorales y en Materia de Registro Nacional de Ciudadanos

Capítulo Único

Merece de 3 meses a 9 años de prisión.
Contiene 30 penas sólo privativas de libertad y 1 no privativa de libertad para los ministros de cultos religiosos que, en los actos públicos de su ministerio, induzcan expresamente al electorado a votar a favor o en contra de un candidato o partido político o a abstenerse de votar, a quienes sancionará con multa de hasta 500 días de salario mínimo general vigente en el momento de la infracción.

La conducta típica de estos ministros religiosos no merece pena privativa de libertad, por eso, de acuerdo con el artículo 18 constitucional, no habría para ellos prisión preventiva, sin embargo el artículo 413 del Código Penal Federal se las impone, pues establece que los responsables de los delitos contemplados en el Capítulo Único

del Título Vigésimo Cuarto, entre los que se encuentra el de los ministros religiosos inductores, no tendrán derecho a la libertad provisional.

No hay duda de que el artículo 413 del Código Penal Federal es inconstitucional.

La conducta de los ministros inductores tampoco está en la lista del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales y entonces, en cumplimiento a lo ordenado por el artículo 399 de ese mismo código, tiene derecho a libertad provisional.

El artículo 413 del Código Penal Federal es incompatible con el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales. Incompatibilidad que se resuelve fácilmente si aplicamos el criterio de que la norma particular deroga a la general y así tenemos que el artículo 399 es una regla particular para la libertad provisional, mientras que el artículo 413 del Código Penal Federal es una norma general que ni siquiera se encuentra entre las que regulan la libertad provisional, sino que en forma aislada y fuera de lugar apareció en un código de fondo como es el punitivo federal, en el título de delitos electorales, mientras que el artículo 399 se encuentra en el Código Federal de Procedimientos Penales, en el título relativo a los incidentes de libertad provisional, y siendo la libertad provisional una cuestión que pertenece al derecho procesal, regulada por los códigos procesales, la norma que viene a ser particular es el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, que deroga a la general, en este caso el artículo 413 del Código Penal Federal.

El artículo 413 del Código Penal Federal, en cuanto prohíbe la libertad provisional, es derogado por el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Título Vigésimo Quinto

Delitos Contra el Ambiente y la Gestión Ambiental

Capítulo Primero. De las Actividades Tecnológicas y Peligrosas

Merece de 1 a 16 años 6 meses de prisión.

Capítulo Segundo. De la Biodiversidad

De 6 meses a 15 años de prisión.

Capítulo Tercero. De la Bioseguridad

De 1 a 12 años de prisión.

Capítulo Cuarto. Delitos Contra la Gestión Ambiental

De 1 a 7 años de prisión.

Título Vigésimo Sexto

De los Delitos en Materia de Derechos de Autor

Merece de 6 meses a 10 años de prisión.

R e c a p i t u l a c i ó n

201 son los delitos que previene el Código Penal Federal.

186 (93%) merecen pena privativa de libertad.

172 (86%) merecen sólo pena privativa de libertad, sin posibilidad de pena alternativa no privativa de libertad.

14 (7%) merecen pena alternativa no privativa de libertad.

13 (6%) merecen sólo pena no privativa de libertad.

2 (1%) no merecen sanción alguna.

C o n c l u s i ó n

Primera. El 93% de los delitos que contiene el Código Penal Federal, merece pena privativa de libertad.

Segunda. De conformidad con el artículo 18 constitucional, en la materia penal federal la prisión preventiva es la regla general.

Anexo 3. Prisión Preventiva

Las Reformas Constitucionales de 2008

¿Cómo las han incorporado a su propia legislación los Estados de Baja California, Chihuahua, Durango, México, Morelos, Oaxaca y Zacatecas?

P r e s e n t a c i ó n

Las reformas practicadas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el mes junio de 2008, produjeron cambios significativos en el modelo del proceso penal que en el país se venía aplicando. Se modificaron las etapas procedimentales, se reconoció expresamente el principio de inocencia, se aseguró que se implantaba el sistema acusatorio, se limitaron algunas actuaciones del ministerio público, se incorporó un órgano jurisdiccional designado juez de control para que garantice el respeto de los derechos fundamentales durante la investigación y en la etapa intermedia, especialmente en lo que se refiere a las prácticas de investigación, la detención, la imputación y la vinculación a proceso, sobre todo cuando se vayan a restringir derechos humanos; admitiendo pruebas, depurando los hechos controvertidos, en preparación de la etapa o juicio oral.

Se le da mayor participación a la víctima del delito. De ahora en adelante el objeto de la investigación y el proceso es la verdad y a partir de ella combatir la impunidad y castigar al culpable.

Se pretende recuperar la paz pública, el orden social, la seguridad individual y colectiva, sin menoscabo de los derechos fundamentales.

La reforma fija el plazo de ocho años para que los Estados adecuen sus legislaciones a la reforma constitucional. Se propone un código modelo que fue diseñado por los tribunales de justicia de los Estados que componen la Federación, asesorados por un Grupo de Trabajo formado por expertos.

El proceso de incorporación lleva tres años y ha conseguido sustituir el anterior régimen por el modelo reformado.

Son siete los Estados de la Federación que serán incluidos en este anexo, podremos ver que aunque todos comparten elementos comunes, algunos presentan características particulares, principalmente en los supuestos para decretar la prisión preventiva, su duración, los requisitos para modificarla y la forma de interpretar el término oficiosamente que contiene la Constitución cuando dispone la prisión preventiva para casos especialmente graves.

Por cuestiones obvias pondremos más atención en los aspectos que se refieren a la prisión preventiva.

No obstante lo anterior, también nos ocuparemos del procedimiento de investigación, la etapa intermedia y la audiencia de juicio oral, así como del juez de

control o de garantía y su función, cuando dichos temas representen interés para el objeto principal de esta investigación que es, precisamente, la prisión preventiva.

En los capítulos I, II y V de esta tesis, se analizaron las reformas constitucionales de 2008 y el código modelo que las materializará, los comentarios que entonces se vertieron, se reproducen para los códigos estatales influenciados, que ahora pasamos a exponer.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California²¹⁵

Artículo 1. El proceso tiene por objeto establecer la verdad, garantizar la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto surgido como consecuencia del delito, para contribuir a restaurar la armonía social, en un marco de respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas.

2. Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino después de una sentencia firme obtenida luego de un proceso tramitado con arreglo a este código.

4. Las disposiciones legales que coarten o restrinjan de cualquier forma, incluso cautelarmente, la libertad personal, deberán interpretarse restrictivamente.

5. El imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este código. En caso de duda, se estará a lo más favorable para el imputado.

8. Las medidas restrictivas de la libertad personal o de otros derechos previstos en este código, tienen carácter excepcional, y en su aplicación deben ser proporcionales al peligro que tratan de evitar y a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse.

154. La prisión preventiva tiene carácter excepcional y sólo puede ser impuesta para asegurar la presencia del imputado en el proceso, evitar la obstaculización del procedimiento y garantizar la seguridad o integridad de la víctima u ofendido.

Las resoluciones judiciales sobre medidas cautelares podrán ser modificadas en cualquier estado del proceso.

En todo caso, el tribunal puede proceder de oficio cuando favorezca la libertad del imputado.

155. No se podrá decretar una medida cautelar cuando resulte desproporcionada en relación con las circunstancias de comisión del hecho atribuido y la sanción probable.

El juez ordenará oficiosamente la prisión preventiva cuando la imputación se haga respecto de los siguientes delitos: homicidio doloso, y sus formas agravadas, violación, secuestro, robo en lugar cerrado, robo de vehículo con violencia, incendio, inundación o explosión con daño o peligro de bienes o personas, dolosos; daño o alteración de alguna vía o medio de comunicación o de transporte público estatales y alteración de la paz pública, cuando se usen armas y explosivos; contra el libre desarrollo de la personalidad.

Previo a la imposición de la prisión preventiva de oficio, el juez deberá otorgar al imputado la posibilidad de que rinda declaración.

167. A solicitud del ministerio público, el juez puede imponer la prisión preventiva cuando el delito imputado no tuviera señalada pena alternativa o no privativa de libertad.

²¹⁵ Estas reformas entraron en vigor el mes de marzo de 2009.

El ministerio público podrá solicitar la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, 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.

Con excepción de los delitos calificados como graves, el juez puede prescindir de toda medida cautelar cuando la promesa del imputado de someterse al proceso sea suficiente para descartar los motivos que autorizarían el dictado de la medida.

Salvo lo dispuesto sobre la prisión preventiva, el juez, aun de oficio y en cualquier momento del proceso, revisará, sustituirá, modificará o cancelará las medidas cautelares personales, cuando así se requiera por haber cambiado las condiciones que justificaron su imposición.

180. El imputado y su defensor, en cualquier momento pueden solicitar la revisión de la prisión preventiva.

181. La prisión preventiva finalizará cuando no concurren los motivos que la fundaron, exceda el tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso, su duración exceda de doce meses o las condiciones personales del imputado se agraven de tal modo que la prisión preventiva se traduzca en un trato cruel, inhumano o degradante.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua²¹⁶

En el artículo 157 dispone que las medidas cautelares, entre ellas la prisión preventiva, tienen carácter excepcional y sólo pueden ser impuestas para asegurar la presencia del imputado en juicio, evitar la obstaculización del procedimiento y garantizar la seguridad o integridad de la víctima u ofendido.

La resolución que imponga una medida cautelar o la rechace, es modificable en cualquier estado del proceso.

En todo caso, señala el código de Chihuahua, el tribunal puede proceder de oficio cuando favorezca la libertad del imputado.

La prisión provisional debe ser proporcional a las circunstancias de comisión del hecho atribuido y la sanción probable, no podrá sobrepasar la pena mínima prevista para el delito de que se trate.

En el 169 establece que a solicitud del ministerio público, una vez que haya rendido su declaración preparatoria, la autoridad judicial puede imponer al imputado la prisión preventiva, a menos que el delito imputado tuviera señalada pena alternativa o no privativa de libertad.

En cualquier caso, el juez puede prescindir de toda medida cautelar cuando la promesa del imputado de someterse al proceso sea suficiente para descartar los motivos que autorizarían el dictado de la medida.

En el artículo 170 señala que el juez podrá aplicar la prisión preventiva cuando al imputado se le haya dado oportunidad de rendir su declaración preparatoria y exista una presunción razonable de que representa un riesgo para la sociedad, la víctima o el ofendido.

En el 180 prohíbe al juez revisar oficiosamente la prisión preventiva.

181. El imputado y su defensor pueden solicitar la revisión de la prisión preventiva en cualquier momento cuando estimen que no subsisten las circunstancias por las cuales se decretó.

En el 182 establece que la prisión preventiva finalizará cuando desaparezcan los motivos que la fundaron, su duración exceda de doce meses o las condiciones personales del imputado se agraven de tal modo que la prisión preventiva se traduzca en un trato cruel, inhumano o degradante.

En el artículo 4 ordena que deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten o restrinjan de cualquier forma, incluso cautelarmente, la libertad personal.

En el diverso 5 establece que el imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en ese código.

²¹⁶ Estas reformas entraron en vigor en enero de 2010.

En este mismo artículo 5 ordena enfáticamente: En la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad.

En el artículo 172 afirma: Se entiende que existe riesgo para la sociedad cuando haya presunción razonable de que el imputado se puede sustraer a la acción de la justicia, o que éste puede obstaculizar la investigación o el proceso.

Código Procesal Penal del Estado de Durango²¹⁷

Según lo dispone este código, la autoridad judicial puede decretar la prisión preventiva cuando el delito no tenga señalada pena alternativa o no privativa de libertad.

En los delitos de acción privada no habrá prisión preventiva.

Artículo 4. Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten o restrinjan de cualquier forma, incluso cautelarmente, la libertad personal.

5. El imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, en caso de duda se estará a lo más favorable para el imputado.

8. La prisión preventiva tiene carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que trata de evitar y a la pena o medida de seguridad que pudiera imponerse.

166. La prisión preventiva tiene carácter excepcional y sólo puede ser impuesta para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio y demás actos que requieren su presencia, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima u ofendido, de los testigos o de la comunidad.

La resolución judicial que imponga una medida cautelar o la rechace es modificable en cualquier estado del proceso.

En todo caso, el juzgador puede proceder de oficio cuando favorezca la libertad del imputado.

167. Se impondrá la prisión preventiva oficiosa cuando la imputación se haga respecto de los siguientes delitos:

Homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos; y contra el libre desarrollo de la personalidad.

La tentativa punible de los delitos mencionados anteriormente, también se califica como de prisión preventiva oficiosa.

180, fracción XII. A solicitud del ministerio público y una vez que se le haya dado al imputado oportunidad de manifestar lo que a su interés convenga, el juez puede imponer al imputado la prisión preventiva, a menos que el delito imputado tuviera señalada pena alternativa o no privativa de la libertad.

Sin perjuicio de la prisión preventiva oficiosa, el juez puede prescindir de la prisión preventiva y de toda medida cautelar cuando la promesa del imputado de someterse al proceso sea suficiente para descartar los motivos que justifiquen la procedencia de la medida.

194. El juez, aun de oficio y en cualquier estado del proceso, revisará sustituirá, modificará o cancelará las medidas cautelares personales, cuando se requiera por haber variado las condiciones que justificaron su imposición.

²¹⁷ Estas reformas entraron en vigor el 14 de diciembre de 2009.

196. La prisión preventiva finalizará cuando las condiciones personales del imputado se agraven de tal modo que la prisión preventiva se traduzca en un trato cruel, inhumano o degradante.

410. En los delitos de acción privada no habrá lugar a medidas cautelares personales.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de México²¹⁸

Artículo 3. Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino después de una sentencia firme obtenida luego de un proceso tramitado con arreglo a este código y con observancia estricta de las garantías y derechos previstos para las personas en las Constituciones Federal y Local, en los tratados internacionales y en las leyes que de ellas emanen.

5. Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten o restrinjan en cualquier forma, incluso cautelarmente, la libertad personal. En esta materia se prohíben la interpretación extensiva, la analogía y la mayoría de razón, mientras no favorezcan la libertad del imputado.

6. El imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este código.

En la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad.

10. Las medidas cautelares restrictivas de la libertad personal tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al derecho que se pretende proteger, al peligro que tratan de evitar y a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse.

16. Se garantiza a las partes en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de las facultades y derechos previstos en las Constituciones Federal y Local, los tratados internacionales celebrados, así como en este código.

Los jueces no podrán mantener, directa o indirectamente, comunicación con alguna de las partes o sus defensores sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, salvo con la presencia de todos ellos o en los casos expresamente determinados en este código. La contravención a este precepto será sancionada en los términos que establezcan las leyes.

Corresponde a los jueces preservar el principio de igualdad procesal y despejar los obstáculos que impidan su vigencia o la debiliten.

180. Las medidas cautelares tendrán como finalidades: asegurar la presencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima o del ofendido, de los testigos o de la comunidad.

La decisión de imponer una medida cautelar o rechazarla es revocable o modificable en cualquier estado del proceso.

El juez puede proceder de oficio cuando favorezca la libertad del imputado.

181. No se podrá ordenar una medida cautelar cuando resulte desproporcionada en relación con las circunstancias de comisión del hecho atribuido y la sanción probable.

192, fracción XIII. Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formulada la imputación, el juez, a petición del ministerio público, del ofendido o la

²¹⁸ Estas reformas entraron en vigor en octubre de 2009.

víctima, podrá imponer la prisión preventiva, si el delito de que se trate está sancionado con pena privativa de libertad.

Procede la prisión preventiva

- A. De oficio: cuando se trate de los delitos de homicidio doloso, violación y secuestro, y su comisión en grado de tentativa; los delitos cometidos con medios violentos, siempre que se ocasionen daños graves en la integridad física de las personas, así como los cometidos con armas, explosivos u otros que por su naturaleza puedan generar peligro, y en los siguientes delitos contra el libre desarrollo de la personalidad previstos en el Código Penal del Estado: contra el desarrollo y la dignidad de la persona: pornografía infantil o de incapaces, trata de personas.
- B. A petición justificada del ministerio público en los demás delitos cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar: la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; o bien, cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

208. La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será mayor de dos años, salvo que su prolongación se deba al derecho de defensa del imputado.

220. A partir de que tenga conocimiento de los hechos y hasta antes de la formulación de la imputación, a petición de la policía investigadora, de la víctima u ofendido o incluso de forma oficiosa, el ministerio público podrá imponer una o varias medidas cautelares en los términos establecidos en su ley orgánica y en su caso en la legislación aplicable.

Actuaciones secretas, ordenadas por el ministerio público y algunas autorizadas por el juez.

Llaman la atención las disposiciones que establece el Código de Procedimientos Penales del Estado de México, en contra de los principios de publicidad, contradicción, neutralidad del juez, derecho a la defensa, e igualdad de las partes; esenciales en el modelo procesal penal acusatorio. El código viola esos pilares del proceso acusatorio en el momento en que ordena que las actuaciones de investigación del ministerio público han de ser secretas, que no se informará de ellas al procesado ni a su defensor, e incluso ni al propio juez de control de la investigación. Esta grave transgresión a las más elementales normas del proceso, a casi todas las formalidades del debido procedimiento, a la seguridad jurídica, a la propia investidura jurisdiccional, a los principios que el código enarbola en el capítulo I, la cometen el legislador y su obra, en los artículos 13 segundo párrafo, 63, 88 y 89; 244 segundo párrafo, y 251. En los últimos dos artículos: 244 y 251, el juez participa activamente en las violaciones, pues autoriza al ministerio público para que mantenga en secreto actuaciones, registros, documentos, y practique, también en secreto, sus diligencias. Todo para triunfar sobre el indiciado.

La reserva o confidencialidad, como las designa el código, no son otra cosa que el ocultamiento del proceso al indiciado, ante actuaciones, registros, documentos y

diligencias secretas, cómo entonces se atreven a sostener que ese proceso que autoriza la secrecía, es acusatorio y adversarial, que se encuentra regido por los principios de publicidad y contradicción, que el indiciado es tratado como inocente en todas las etapas del proceso, que la defensa es un derecho inviolable en toda etapa del procedimiento y que corresponde al juez garantizar la defensa, para que el indiciado disponga del tiempo y de los medios adecuados para preparar su defensa, así como que queda prohibido el secreto procesal.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos²¹⁹

Artículo 1. Nadie podrá ser condenado a una sanción de las contempladas en la legislación penal del Estado, sino mediante sentencia firme obtenida luego de un proceso tramitado con arreglo a este código y con observancia estricta de los derechos fundamentales de las personas.

4. Las disposiciones legales que coarten o restrinjan de cualquier forma, incluso cautelarmente, la libertad personal, deberán interpretarse limitativamente.

5. El imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este código.

En la aplicación de la ley penal sustantiva son inadmisibles las presunciones de responsabilidad.

8. El imputado tendrá derecho a impugnar ante un tribunal distinto del que emitió la decisión, en los supuestos previstos por este código, cualquier resolución que le cause agravio.

9. La aplicación de medidas cautelares durante el proceso, restrictivas de la libertad personal, debe ser proporcional al peligro que tratan de evitar y a la sanción que pudiera llegar a imponerse.

162. Las medidas cautelares (entre ellas la prisión preventiva) sólo pueden ser impuestas por el tiempo absolutamente indispensable y para los fines de asegurar la presencia del imputado en juicio, evitar la obstaculización del procedimiento y garantizar la seguridad o integridad de la víctima u ofendido.

La resolución judicial que imponga una medida cautelar o la rechace, es modificable en cualquier estado del proceso.

En todo caso, el tribunal puede proceder de oficio cuando favorezca la libertad del imputado.

163. La medida cautelar no puede ser desproporcionada en relación con las circunstancias de comisión del hecho atribuido y la sanción probable.

La prisión preventiva no podrá exceder la pena mínima prevista para el delito de que se trate, ni doce meses.

La decisión judicial que imponga la prisión preventiva es apelable.

174 bis. Se califican como delitos graves:

Del artículo 2 de la Ley Estatal Contra la Delincuencia Organizada para el Estado de Morelos, previstos en el Código Penal del Estado de Morelos, los siguientes:

Asalto, fraude, administración fraudulenta, operaciones con recursos de procedencia ilícita, sustracción o retención de menores o incapaces, tráfico de menores, corrupción de menores, lenocinio y trata de personas, falsificación de documentos y uso de documento falso, enriquecimiento ilícito, evasión de presos;

Del Código Penal del Estado de Morelos:

²¹⁹ Las reformas entraron en vigor en agosto de 2009.

Homicidio doloso, lesiones dolosas, secuestro, extorsión, trata de personas, violación, inseminación artificial, hostigamiento sexual, abuso sexual en persona menor de edad, cuando se empleare violencia física, robo calificado, robo de vehículo automotor, abigeato, despojo, corrupción de menores e incapaces, rebelión, terrorismo, la tentativa de los ilícitos anteriores.

En los ilícitos mencionados el juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente o a solicitud del ministerio público o la víctima.

176. A solicitud del ministerio público, una vez que el imputado ha rendido su declaración preparatoria o ha manifestado su deseo de no declarar, bajo las condiciones y en la forma que fija este código, el juez o el tribunal pueden imponer al imputado, después de escuchar sus razones, la prisión preventiva.

En cualquier caso, el juez puede prescindir de toda medida cautelar, cuando la promesa del imputado de someterse al proceso sea suficiente para descartar los motivos que autorizarían la medida.

177. Además de los hechos delictivos previstos en el artículo 174 bis del presente código, en los demás casos el juez, a solicitud del ministerio público o la víctima, podrá aplicar las medidas cautelares cuando concurren las circunstancias siguientes:

Se haya dado al imputado la oportunidad de declarar y exista una presunción razonable de que la medida es necesaria porque: hay bases para estimar que el imputado no comparecerá al proceso, se requiera para permitir el desarrollo de la investigación o para proteger a la víctima, a los testigos o a terceros, o cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado por la comisión de un delito doloso.

182. No puede ordenarse la prisión preventiva cuando el delito por el cual se formuló la imputación, tenga señalada como sanción una no privativa de libertad o sanción alternativa o la de prisión.

188. El imputado y su defensor pueden solicitar la revisión de la prisión preventiva en cualquier momento.

190. La prisión preventiva finalizará cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución; cuando su duración exceda de doce meses; y cuando las condiciones personales del imputado se agraven de tal modo que la prisión preventiva genere una situación cruel e inhumana.

Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca²²⁰

En su artículo 163 declara, como principio general, que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal, que la prisión preventiva tiene carácter excepcional y su finalidad es asegurar la presencia del imputado y evitar la obstaculización del proceso o un riesgo para la víctima o la sociedad; que, salvo en los casos de procedencia oficiosa, el ministerio público o la víctima podrán solicitar al juez la prisión preventiva sólo cuando otras medidas de coerción no sean suficientes para asegurar la finalidad antes señalada; que el ministerio público o la víctima podrán aportar elementos para acreditar la procedencia de su solicitud; que exceptuando la prisión preventiva oficiosa, la resolución judicial que imponga o niegue la prisión preventiva, puede modificarse en cualquier estado del proceso; que el tribunal puede proceder de oficio cuando favorezca la libertad del imputado.

En el diverso 165 dispone que con la salvedad de la prisión preventiva oficiosa, no se podrá ordenar la prisión preventiva cuando resulte desproporcionada en relación con las circunstancias de comisión del hecho atribuido, al peligro que trata de resguardar y a la sanción probable.

En el artículo 169, fracción XI, faculta al juez para imponer la prisión preventiva a toda persona a quien se le atribuya la comisión de un delito sancionado con pena privativa de libertad.²²¹

En el artículo 170 bis ordena al juez que imponga, oficiosamente, la prisión preventiva cuando se trate de homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, rebelión, conspiración, sedición, delitos sexuales en agravio de menores de edad y de quienes no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho, abuso sexual agravado, trata de personas, lesiones dolosas y tortura.

En los artículos 169 y 180 previenen la libertad provisional bajo caución.

En el diverso 186 ordena al juez revisar oficiosamente, cada tres meses, o en el momento que lo solicitan el imputado y su defensor, la prisión preventiva que no se hubiera impuesto oficiosamente.

En el 187 manda la finalización de la prisión preventiva cuando las condiciones carcelarias se agraven de tal modo que la prisión preventiva se traduzca en un trato cruel, inhumano o degradante.

189. En todo caso, el tribunal puede proceder de oficio cuando favorezca la libertad del imputado.

²²⁰ Las reformas entraron en vigor en septiembre de 2009.

²²¹ Debe tenerse presente que los delitos que merecen pena privativa de libertad, en cualquier código penal mexicano, siempre son más del 90% del total de los delitos contemplados.

Código Procesal Penal de Zacatecas²²²

Artículo 3. Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad sino después de una sentencia firme obtenida luego de un proceso tramitado con apego al código.

5. Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten o limiten de cualquier forma, incluso cautelarmente, la libertad personal.

Se prohíbe la interpretación extensiva, en tanto no favorezca la libertad del imputado.

6. El imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en el código.

En caso de duda se actuará conforme a lo más favorable para el imputado.

En la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad.

9. Las medidas cautelares, durante el proceso, restrictivas de la libertad personal tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar y a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse.

195. La prisión preventiva es excepcional, sólo puede ser impuesta por el tiempo absolutamente indispensable y a fin de asegurar la presencia del imputado y de evitar la obstaculización del procedimiento.

La decisión de imponer la prisión preventiva o rechazarla es revocable o modificable en cualquier estado del proceso.

El juez ordenará de oficio la prisión preventiva en los siguientes delitos, incluidas sus modalidades y tentativas,

Terrorismo, corrupción de menores, pornografía infantil, lenocinio, violación, secuestro, trata de personas, homicidio doloso, parricidio, infanticidio, delitos dolosos cometidos con medios violentos como armas y explosivos.

En estos delitos no podrá sustituirse la prisión preventiva.

El juez puede proceder de oficio, cuando favorezca la libertad del imputado.

196. La prisión preventiva debe ser proporcional a la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.

La decisión de la prisión preventiva es apelable sin suspensión.

208. A solicitud del ministerio público, el juez puede imponer al imputado, después de escuchar sus razones, la prisión preventiva si el delito está sancionado con pena privativa de libertad.

210. Sin perjuicio de los supuestos de procedencia oficiosa de la prisión preventiva, el juez sólo aplicará la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares menos graves no sean suficientes para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, el desarrollo de la investigación, o la protección de la víctima, de los testigos, de terceros,

²²² Estas reformas entraron en vigor en enero de 2009.

así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

220. Salvo lo dispuesto sobre la prisión preventiva, el juez, aun de oficio y en cualquier estado del procedimiento, revisará, sustituirá, modificará o cancelará la procedencia de las medidas cautelares personales.

221. El juez examinará de oficio, por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión preventiva. El imputado y su defensor pueden solicitar esa revisión en cualquier momento.

222. La prisión preventiva finalizará cuando no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución, cuando su duración exceda de doce meses o cuando las condiciones carcelarias se agraven de tal modo que la prisión preventiva se convierta en una forma de castigo anticipado o trato cruel, inhumano o degradante.