



**Universidad Autónoma de Chiapas
Instituto de Investigaciones Jurídicas
División de Investigación y Posgrado**



**“PRISIÓN PREVENTIVA FRENTE AL
DEBIDO PROCESO”**

**Tesis que para obtener el grado de:
MAESTRA EN DERECHO**

Presenta:

Lic. Tania Valencia Sánchez

Director de tesis:

Dr. Nimrod Mihael Champo Sánchez

Ocozocoautla de Espinosa, Chiapas, México; 2018.



Universidad Autónoma de Chiapas

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Ocozocoautla de Espinosa, Chiapas a 25 de septiembre de 2018

Dr. Carlos F. Natarén Nandayapa
Director
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Autónoma de Chiapas
PRESENTE

Con At'n: Dr. Alenjandro Francisco Herrán Aguirre
Coordinador de Investigación y Posgrado
Instituto de Investigaciones Jurídicas

A través del presente informo a usted que he dirigido, corregido y aprobado la Tesis denominada:

"Prisión preventiva frente al debido proceso"

Correspondiente a la **C. Tania Valencia Sánchez** alumna de la Maestría en Derecho, cuarta generación, misma que reúne los requisitos teórico-metodológicos necesarios para una tesis de maestría. Por tal motivo libero y otorgo mi voto aprobatorio para continuar con los trámites respectivos.

Sin otro particular, le saludo cordialmente

Atentamente

Dr. Nimrod Mihael Champo Sánchez.
Director de Tesis



C.c.p. C. Tania Valencia Sánchez- Alumna de la Maestría en Derecho, cuarta generación. - Para su conocimiento.
Archivo/Minutario
C.c.p. C. Lic. Lucía Elena Fernández Zamora-Encargada de Control Escolar-IJ-UNACH

Este trabajo es producto del apoyo recibido por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) a través del Programa de Becas Nacionales del Programa Nacional de Posgrados de Calidad (PNPC) con el número de registro del becario 735275.

AGRADECIMIENTOS

A Dios

Por darme la vida y guiarme por el sendero
del bien iluminando siempre mi camino.

*Mis padres: Rocío Sánchez Castillejos
y Jordán Valencia José.*

Sabiendo que no existirá una forma de agradecer toda una vida de sacrificio y
esfuerzo, quiero que sientan que el objetivo logrado también es suyo, y que la
fuerza que me ayudo a conseguirlo fue su gran apoyo.

Mis hermanos: Mira, Rocío, Lupita y Jordán.

Por ser mis mejores amigos y confidentes, quienes de una u otra forma
me acompañan en todos mis sueños y metas.

Lic. Guillermo Ortiz Ovando.

Por su cariño y apoyo incondicional.

De manera especial al Dr. Nimrod Michael Champo Sánchez.

Quien desde el primer momento no dudo en brindarme su apoyo, y con
su experiencia, conocimiento y dedicación fue posible
la elaboración este trabajo.

A mis profesores les agradezco las bases y asesorías brindadas durante los dos años y ser
un ejemplo de dedicación y entrega en el ámbito de la investigación. *A mis compañeros de
posgrado* por compartir sus experiencias.

Y a **CONACYT** por el reconocimiento y apoyo como becaria dentro de su programa de
posgrado del PNPC.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

CAPÍTULO 1

DEBIDO PROCESO EN MATERIA PENAL.

1.1.- ORIGEN Y CONCEPTO DEL DEBIDO PROCESO.	5
1.2.- EL DEBIDO PROCESO Y SUS GARANTÍAS PROCESALES.	19
1.3.- EL DEBIDO PROCESO Y SUS PRINCIPIOS GENERALES DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO.	23
1.3.1.- PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD.	24
1.3.2.- PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL.	25
1.3.3.- PRINCIPIO DE <i>IN DUBIO PRO REO</i>	27
1.3.4.- EL DERECHO A LA DEFENSA.	28
1.4.- PRINCIPIOS DE LAS AUDIENCIAS EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y ORAL.....	30
1.4.1.- PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.	32
1.4.2.- PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.	34
1.4.3.- PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.	35
1.4.4.- PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN.	36
1.4.5.- PRINCIPIO DE CONTINUIDAD.....	36
1.5.- EL PAPEL DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL DEBIDO PROCESO.....	37
1.5.1.- DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL.	39
1.5.2.- LIMITACIÓN AL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL.	42

CAPÍTULO 2

MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL

2.1.- EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.	44
2.2.1.- MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.	51
2.3.- CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.	53
2.3.1.- INSTRUMENTALIDAD.....	53
2.3.2.- PROPORCIONALIDAD.....	54
2.3.2.1.- <i>La idoneidad</i>	58
2.3.2.1.- <i>La necesidad</i>	59
2.3.2.3.- <i>La proporcionalidad en sentido estricto</i>	60
2.3.3.- PROVISIONALIDAD Y TEMPORALIDAD.	62
2.3.4.- JURISDICCIONALIDAD.	63

2.3.5.- MOTIVACIÓN.....	64
2.4.- FINALIDADES Y PRESUPUESTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES AL SER IMPUESTA.....	65
2.4.1.- FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	65
2.4.2.- PRESUPUESTO LEGALES Y MATERIALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES AL SER IMPUESTA.....	66
2.4.2.1.- <i>Fomus boni iuris</i>	67
2.4.2.2.- <i>Periculum in mora</i>	69
2.4.2.4.- <i>Peligro para la víctima y sociedad</i>	73
2.5.- DEBIDO PROCESO EN LA AUDIENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES.....	74
2.5.1.- ANÁLISIS A LA AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES Y DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO EN CHIAPAS.....	76
2.5.2.- PROBLEMAS INTERPRETATIVOS EN CUANTO A LA OFICIOSIDAD: CPEUM Y EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.....	82

CAPÍTULO 3

PRISIÓN PREVENTIVA Y ANÁLISIS A SU OFICIOSIDAD EN MÉXICO.

3.1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA.....	85
3.2.- DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	90
3.3.- PRISIÓN PREVENTIVA Y PENA.....	95
3.3.1.- PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA.....	96
3.3.2 PENA.....	103
3.4.- PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA Y LOS PROBLEMAS AL IMPONERLA COMO MEDIDA CAUTELAR.....	105
3.5.- CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EXCESO.....	111
3.6.- BREVE ANÁLISIS A LA LEY DE EJECUCIÓN Y SANCIONES PENALES.....	115
3.7 MEDIDAS ALTERNATIVAS AL ENCARCELAMIENTO PARA PERSONAS QUE HAN COMETIDO DELITOS DE DROGAS MENORES Y NO VIOLENTOS.....	117
3.8 PROPUESTAS PARA UN MEJOR ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO, EN LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR.....	120
CONCLUSIÓN.....	122
BIBLIOGRAFÍA.....	126

INTRODUCCIÓN.

El paradigma de la democracia constitucional que fue impuesta después de la segunda Guerra Mundial, trajo como consecuencia que los ciudadanos se convirtieran en titulares de Derechos Fundamentales, el concepto sustancial propuesto por Luigi Ferrajoli, coloca a la democracia en una esfera normativa, es decir, el modelo se concreta en un respeto y subordinación a la Constitución rígidamente establecida, misma que nos reconoce derechos y nos da instrumentos para hacerlos valer.

La Libertad, es un Derecho Fundamental reconocido en el más alto nivel normativo de los Estados y por leyes internacionales; la persona humana posee por su propia naturaleza este derecho, se puede denominar como un derecho connatural a la persona, es por ello, que el Estado debe de salvaguardar este reconocimiento a través de diversas normas jurídicas que logren garantizarlo; no obstante debemos de tener en cuenta que tiene la facultad de limitar el derecho a la libertad, cuando se esté ante situaciones que afecten los derechos de terceros, siempre que se tenga la certeza que efectivamente fueron afectados. Es así que cuando el Estado impone una medida restrictiva de la libertad, es porque se ha derivado de un debido proceso, mediante el cual se ha determinado la culpabilidad a través de una sentencia que ha sido ejecutoriada, de lo contrario cuando se restringe la libertad para garantizar el desarrollo de un proceso penal (como medida cautelar), debe de cerciorarse que efectivamente es necesaria. Es decir, si los jueces encargados de impartir justicia imponen como medida cautelar, la prisión preventiva mediante la oficiosidad sin analizar su necesidad, idoneidad y proporcionalidad, puede afectar el goce y ejercicio de otros derechos.

No debe de perderse de vista, que tras este cambio de paradigma en donde se reformaron diversos artículos constitucionales, se da con la finalidad de implementar un sistema de justicia penal democrática garantista, con pleno respeto a los Derechos Fundamentales de las personas que son parte de un proceso. Es una realidad que en México las personas privadas de su libertad, se enfrentan a una

situación muy difícil, debido a que las violaciones a su dignidad como persona son muy constantes, los servicios básicos de higiene y salud son realmente escasos, sin olvidar la magnitud de corrupción que puede encontrarse en las cárceles, las violentas luchas de poder y demás actos, que lejos de lograr una reinserción social para las personas que están cumpliendo una condena o una estancia digna para las personas que están en espera de una sentencia, se ha convertido en verdadera pesadilla para todas las personas internas.

Atendiendo a lo anterior, uno de los principales objetivos que empujó a la reforma del sistema de justicia penal, fue precisamente atender este tipo de demanda, dejando atrás la aplicación de la prisión preventiva como regla, debido a que anterior a la reforma en materia penal, para lograr asegurar el proceso, únicamente se aplicaba la fianza como opción para los delitos que eran considerados no graves y la prisión preventiva, por lo que en su momento contribuyó como uno de los principales indicios para la sobrepoblación carcelaria. A partir de 2008 con la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública, se implementa como medida para asegurar el proceso, las llamadas “medidas cautelares”, mismas que encuentran su fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el Código Nacional de Procedimientos Penales al establecer catorce medidas cautelares.

La prisión preventiva, siendo la última medida cautelar en la lista, se ha determinado como una medida de carácter excepcional, su finalidad es evitar que el imputado pueda realizar alguna actividad que impida el desarrollo del proceso o en su caso la ejecución de la sentencia, sin embargo, en la actualidad no se analiza la necesidad de la misma y se recurre constantemente a la privación de la libertad de las personas. La privación de la libertad a través de la prisión preventiva ha sido considerada una de las medidas cautelares más severas que el Estado puede aplicar a través del *Ius Puniendi*. Los problemas que se suscitan al imponer la prisión preventiva van en aumento.

Restringir la Libertad, sin antes realizar un estudio de cada caso concreto, es decir imponer prisión preventiva oficiosamente sin analizar el impacto que traerá

para la persona que se encuentre sujeta a un proceso, va en contra del principio de presunción de inocencia y el debido proceso, lo que trae consigo grandes problemas no solamente laborales, económicos, psicológicos, si no también sociales y un sinnúmero de derechos afectados.

Ante tal problemática en el PRIMER CAPÍTULO de nuestra investigación se analizará **al debido proceso en materia penal**, por lo cual se dará respuestas a las siguientes interrogantes: ¿Qué es el debido proceso en materia penal?, ¿Se respeta el derecho al debido proceso con la aplicación de la prisión preventiva de oficio? Y si es de suponerse que se cuenta como principio de este sistema penal la presunción de inocencia, ¿Por qué un inocente ha de estar privado de su libertad?

Para dar respuesta a las anteriores preguntas, se inicia dando un margen general del origen y concepto del debido proceso, para posterior entrar al estudio de las garantías procesales y principios que se establecen en Ordenamientos Internacionales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; dentro del subtema de principios, se realiza una división de principios generales del proceso penal y los principios que rigen las audiencias en el nuevo sistema de justicia penal, para después analizar a la presunción de inocencia y el derecho de la libertad.

En el SEGUNDO CAPÍTULO nos enfocaremos al estudio de **las medidas cautelares en el proceso penal**. Ya que hemos analizado el contexto de manera general en el primer capítulo, respecto a lo que garantiza tener un debido proceso en el Sistema de Justicia Penal, ahora nos enfocaremos en un acto procesal de la etapa de investigación, es decir, de la parte adjetiva del derecho penal “medidas cautelares”. Por lo cual se inicia definiendo a las medidas cautelares, realizando una distinción entre las reales y personales, para después describir cada una de sus características, mencionando a los presupuestos que deben de atenderse para la solicitud de una medida cautelar, así como la finalidad que persigue, realizando un estudio de los problemas que giran en torno a la ausencia de participación de las autoridades de supervisión de las medidas cautelares, y los problemas interpretativos que se ha derivado del catálogo de delitos que imponen a la medida

cautelar de prisión preventiva de manera oficiosa.

En el TERCER CAPÍTULO, y último de este trabajo, se estudia a **la prisión preventiva y su oficiosa**, por lo que es de cuestionarse ¿En todos los casos en los que se decreta la prisión preventiva de manera oficiosa, es realmente necesaria, proporcional, excepcional y cumple con los fines legítimos? Analizando los problemas en torno a la prisión preventiva, cuando es aplicada de manera oficiosa y no así mediante debate, en donde el ministerio público posterior a recibir los datos e información de la Unidad Supervisora de Medidas Cautelares, pueda solicitar la medida cautelar al caso en concreto, teniendo la defensa derecho de contraargumentar esa solicitud y el juez en su calidad de imparcial, pueda determinar la medida cautelar que asegure cumplir con la finalidad del proceso. Nos preguntaremos ¿De que nos sirve el estudio de este problema social?, ante esta pregunta debemos de tener en cuenta que los problemas que surjan dentro de un contexto social, son problemas que nos afectan directamente a todos, teniendo en claro que nunca estaremos exentos de estar ante una situación que pudiera afectar nuestra libertad.

CAPÍTULO 1

DEBIDO PROCESO EN MATERIA PENAL.

*“El problema grave de nuestro tiempo respecto a los Derechos Humanos,
no es el de fundamentarlos, sino en el de protegerlos”*

Norberto Bobbio.

Para establecer un punto de partida en esta investigación, se iniciará estudiando al debido proceso penal, su origen, garantías y principios, específicamente el principio de presunción de inocencia y su relación con el derecho a la libertad, para que, a partir de este referente, se comprenda su papel en el sistema de justicia penal.

1.1.- Origen y concepto del Debido proceso.

El origen del debido proceso ha evolucionado a lo largo del tiempo; el antecedente histórico más remoto data desde la Carta Magna de 1215¹, de donde surgen los primeros referentes del debido proceso legal por parte de los barones normados por el Rey Juan Sin Tierra, sin embargo, por no ser objeto principal de esta investigación, se abordará los antecedentes de manera muy genérica. El término *“debido proceso”*, no corresponde a la cultura continental europea ni a la mexicana sino a la anglosajona², el *“due process of law”* nace a la luz de los Estados Unidos de América, bajo dos características fundamentales, la primera de ellas, como garantía procesal contra detenciones arbitrarias del Estado y la segunda contra la arbitrariedad jurisdiccional; en 1791 en América se aprobaron las diez

¹ **Artículo 39, Carta Magna de 1215**, *“Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera, y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, si no por juicio legal de sus pares o por la ley del país”*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Disponible en página web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/17.pdf>, consultada en junio de 2018.

² Agudelo Ramírez, Martín, *El debido proceso*, Revista Opinión Jurídica, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, ISSN 1692-2530, Vol. 4, N°. 7, 2005, pp.89-105.

primeras enmiendas a la Constitución Norteamericana –*The Bill of Rights*- en la quinta enmienda se dispuso que ninguna persona podría ser privada de su vida, libertad, o propiedad, sin el debido proceso legal³; posteriormente en 1868, se ratifica la cláusula del debido proceso en la decimocuarta enmienda, en donde se protege a los gobernados, del poder arbitrario de los Estados, misma enmienda que establece que *“Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá el Estado privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal”*⁴

Es a partir de la declaración de estas enmiendas, que el concepto de debido proceso es interpretado bajo la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, volviéndolo vinculante e incluso a los mismos Estados, incorporando protección a la declaración de derechos. Posteriormente la doctrina comienza adoptar y dar forma al termino “debido proceso”. Aunque hasta el momento no exista una definición general; desde su origen la finalidad del debido proceso, ha sido evitar que la arbitrariedad del Estado, afecte los Derechos Fundamentales de los gobernados, para ello se han establecido elementos esenciales que todo proceso debe de contener.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo octavo, reconoce el llamado "debido proceso legal" en materia penal;

Artículo 8. Garantías Judiciales

³ Cruz Barney, Oscar y Carbonell Sánchez, Miguel (coord.), *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*, t. *El debido proceso en el siglo XXI*, México, IJ-UNAM, 2015, t. I, p.315.

⁴ Traducción del **Article XIV -1 of Amendments to the Constitution**, *The Constitution of the United States, the Bill of Rights & All Amendments*. *“All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”*.

1. 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, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.**

2. Toda persona inculpada de delito **tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.** Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) 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.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

El precepto anteriormente transcrito, abarca las condiciones que deben de cumplirse para asegurar la defensa adecuada de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial⁵, integrado por un conjunto de

⁵ Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs Bolivia. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párr. 178.

principios y garantías, que se encuentran en constante formación; la ausencia de cualquiera de estos impediría garantizar un debido proceso.

Tenemos en claro que es un mandato de protección con el que cuentan todas las personas (sin excepción alguna), no importa si hablamos de un proceso civil, administrativo, mercantil o penal, es un derecho que le corresponde a todo sujeto que como su nombre lo dice, esta frente a un proceso. No obstante, como se ha indicado al inicio de este capítulo, nos limitaremos hablar del debido proceso en materia penal. El jurista mexicano Fix Zamudio, lo define de la siguiente manera, debido proceso legal *“es el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados”*⁶, lo que permite velar por la protección y ejercicio de los Derechos Fundamentales durante las instancias procesales, ante esta definición debemos de destacar que el debido proceso no únicamente es procesal, existen dos categorías: el debido proceso sustantivo y el debido proceso procesal, ante la primera estamos frente a la ley sustantiva que va a crear y definir derechos mientras que la parte adjetiva, verificara que se cumplan esos derechos.

Por otra parte, Rodríguez Rescia Víctor, *“lo define como una actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo a las reglas preestablecidas”*⁷, cuyo resultado será el dictado de la norma individual de la conducta (sentencia), buscando en todo momento la correcta aplicación de las leyes durante la tramitación del proceso penal.

Anteriormente se ha planteado al debido proceso legal, sin embargo, este término va más allá de la legalidad. Se debe de comprender que, tras el cambio de paradigma, con la reforma de Derechos Humanos, en 2011, se crea un nuevo

⁶ Pérez Vázquez, Carlos (coord.), *El Derecho Humano al debido proceso, sus dimensiones legal, constitucional y convencional*, México, Tirant lo Blanch, 2014, p. 14.

⁷ Rodríguez Rescia, Víctor Manuel, *El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en Varios, Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, vol. II, p. 1296.

desarrollo del termino “debido proceso”, debido a que no únicamente se debe de respetar, derechos, principios y garantías que establece la Constitución, sino también, los Tratados Internacionales en los que México se ha sumado. Es decir, el debido proceso lo podemos entender como un tema que no solo abarca el ámbito de legalidad, sino también el de Constitucionalidad y Convencionalidad.

Por ejemplo, Fajardo Morales Zamir, considera al debido proceso, como un Derecho Humano, que se hace efectivo mediante reconocimiento pleno de las garantías establecidas en la Constitución, en los Tratados Internacionales y en las leyes, de modo que la aplicación va a depender de aquel que con mayor favorezca los Derechos Humanos de las personas involucradas en un proceso⁸. Pero, se han preguntado ¿si en realidad estamos frente a un Derecho Fundamental, ante una garantía o ante una Institución Procedimental que permite el reconocimiento de un conjunto de Derechos Fundamentales?

Lo anterior surge a partir de que a pesar de que el debido proceso, ha sido reconocido a nivel Internacional como un Derecho Humano, y por las Constituciones como un Derecho Fundamental, aún existen juristas que no lo ven precisamente de este modo, señala Pettit Guerra Luis A., que el debido proceso tiene un carácter complejo, *“basta revisar que la doctrina y la jurisprudencia no se ponen de acuerdo de su esencia, ya que una parte importante plantea que se trata de una garantía, otros de un derecho e incluso que se trata de un derecho al mismo tiempo que una garantía”*⁹. Por lo que analizaremos al debido proceso como derecho y garantía.

Cuando situamos al Debido Proceso como un Derecho Fundamental desde la reforma Constitucional, lo analizamos desde el punto de vista Neoconstitucionalista y no Constitucionalista, porque de limitarnos a ser un Estado Derecho, con estricto

⁸ Pérez Vázquez, Carlos (coord.), *El Derecho Humano al debido proceso, sus dimensiones legal, constitucional y convencional*, México, Tirant lo Blanch, 2014, p.20.

⁹ Petit Guerra, Luis Alberto, *Debido proceso y su hermenéutica*, Revista internauta de práctica jurídica, ISSN-e 1139-5885, N°. 26, 2011, p. 3.

cumplimiento de la ley, no determina que se esté protegiendo Derechos Fundamentales –la ley te otorga derechos, la ley te quita esos derechos- en cambio cuando hablamos de un Estado Democrático de Derecho, tal y como en teoría, debe de funcionar el Sistema de Justicia Penal, no únicamente debe de basarse en el estricto cumplimiento de una ley, sino que debe de atender todo lo necesario, para garantizar el cumplimiento de mayores derechos, lo que va a permitir una verdadera eficacia entorno al reconocimiento de los Derechos Fundamentales. Ahora bien, cuando hablamos de Neoconstitucionalismo, no debemos de olvidar que estamos ante un nuevo modelo de Constitución, que se encuentra integrada por largos catálogos de Derechos Fundamentales y muchos principios, dando margen a una nueva forma de interpretar estos textos constitucionales, a través de técnicas como la ponderación o la proporcionalidad, principios que analizaremos en el segundo capítulo. A continuación, se realizará un cuadro comparativo, de lo explicado en este párrafo (artículo primero, párrafo uno de CPEUM);

Texto anterior a la reforma de 2011.	Texto vigente
<p>Artículo 1o. “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.</p>	<p>Artículo 1o. “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.</p>

Siguiendo esta idea, ante este nuevo paradigma se debe de entender al debido proceso, como un principio sustantivo o procesal, en donde las partes procesales, tienen derecho a garantías mínimas que aseguran una sentencia justa

a través de un proceso equitativo, otorgando igualdad de oportunidades en la acusación y defensa.

Por ejemplo, para Luigi Ferrajoli quien ha desarrollado la teoría del garantismo, precisamente nos señala que el garantismo nace en el campo penal, distinguiendo tres acepciones que conforman esta palabra, la primera: el modelo de estricta legalidad, en donde se considera garantista al Sistema de Justicia Penal, *“que se ajusta normativamente al modelo y lo satisface de una manera efectiva”*, tomando en cuenta grados de garantismo, es decir, el grado de garantismo aumenta si se atiende principios constitucionales. En palabras de este jurista, considera que una *“Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona, sin embargo, no pasa de ser un pedazo de papel si carece de garantías que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo”*¹⁰.

En una segunda acepción toma en cuenta una teoría jurídica entre los normativo y lo realista, por lo que una teoría del garantismo del derecho penal, revela sus rasgos de validez e invalidez así también su grado de efectividad y no efectividad, *“Bajo ambos aspectos el garantismo opera como doctrina jurídica de legitimación y sobre todo de deslegitimación interna del derecho penal, que reclama de los jueces y de los juristas una constante tensión crítica hacia las leyes vigentes”*¹¹, por último en una tercera acepción del garantismo, impone al Estado la carga de justificación, externa conforme a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos¹². Las garantías son obligaciones de hacer o no hacer que se derivan de los Derechos Fundamentales.

El debido proceso como un Derecho Fundamental, es contenido de principios y garantías que son indispensables para el desarrollo de un proceso y la obtención de una sentencia justa, dentro de los márgenes de un Estado

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 851.

¹¹ Ibidem, p. 852.

¹² Ibidem, p. 853.

Democrático de Derecho. Sin embargo, el debido proceso, se distingue de otros Derechos Fundamentales, precisamente como ya mencionamos en las líneas anteriores, contiene un conjunto de principios y derechos procesales. Analizado de esta forma, permite notar que un Derecho Fundamental, protege a un derecho en específico, sin embargo, el debido proceso protege muchos derechos.

En opinión de Luigi Ferrajoli, *“En todos los casos se puede decir que la mera legalidad, al limitarse a subordinar todos los actos a la ley cualquiera que sea, coincide con su legitimación formal, mientras la estricta legalidad, al subordinar todos los actos, incluidas las leyes, a los contenidos de los derechos fundamentales, coincide con su legitimación sustancial”*¹³. Las líneas anteriores muestran dos dimensiones del debido proceso una procesal y la otra sustancial, cuando nos referimos a la primera de ellas, se engloba la obtención de un proceso formalmente válido a través de las instituciones (derecho a una defensa adecuada, a un juez imparcial, derecho a probar). Mientras que en la segunda dimensión, un debido proceso sustancial, se debe de entender una vinculación con el principio de proporcionalidad y racionalidad de los actos de poder, entendiendo esto como el hecho de que las leyes o actos públicos o privados, tengan como requisito de validez el ajustarse no solo a las normas o preceptos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella¹⁴, esta dimensión va a prohibir decisiones arbitrarias en todo momento, y no únicamente durante el proceso.

Las consideraciones anteriores permiten hablar no solo del debido proceso legal, sino también de un debido proceso Constitucional, Convencional y Sustancial, es decir, no únicamente abarca lo establecido en la ley, si no también se garantiza los derechos y principios en favor de las personas. El debido proceso, se encuentra reconocido desde el ámbito internacional y constitucional.

Por ende, en mi opinión el debido proceso es un conjunto de garantías procesales, frente a las cuales las autoridades se ven limitadas a realizar cualquier

¹³ Ibidem, p. 857.

¹⁴ Ibidem, p. 4.

actuación que pueda vulnerar el respeto y reconocimiento de los Derechos Fundamentales o Humanos de las personas que estén siendo parte de un proceso, no busca garantizar únicamente un proceso legal, que se base en el cumplimiento de leyes establecidas, sino un proceso justo, que busca una limitación del poder del Estado frente a la privación de un bien jurídico, ejemplo la restricción de la libertad, que es el tema de la presente investigación a través de la prisión preventiva oficiosa o sin previa solicitud, incumpliendo con las finalidades de las medidas cautelares, y con ello vulnerando al debido proceso.

Se han de preguntar de ¿qué manera se violaría el debido proceso cuando hablamos de prisión preventiva oficiosa? Partiendo de lo general, debemos de tener en cuenta que el debido proceso lo conforma un conjunto de garantías y principios dentro de los cuales el Estado, está obligado a respetar, sin embargo, cualquier actuación que no respete los principios del sistema acusatorio, permite generar múltiples violaciones de derechos.

Ahora bien, hasta el momento hemos hablado entorno al origen y concepto del debido proceso penal, pero no se ha dado un concepto del Derecho Penal, por lo que para efectos de dejar en claro las bases de esta investigación, en palabras de Miguel Ontiveros Alonso lo define de la siguiente manera:

“Sistema de normas jurídicas que determinan los delitos, las penas, las medidas de seguridad, consecuencias jurídicas accesorias para las personas morales, consecuencia jurídica directas para las personas morales y declaración de responsabilidad sin pena”¹⁵.

Esta definición engloba aspectos característicos que determina el Derecho Penal. Únicamente en el ámbito penal se configuran delitos, por lo consiguiente las consecuencias jurídicas de los delitos, son las penas, medidas de seguridad, misma que constituye una modalidad menos gravosa

¹⁵ Ontiveros Alonso, Miguel, *Derecho penal parte general*, México, UBIJUS, p. 34.

con la que cuenta el derecho penal, el cuarto elemento las consecuencias jurídicas accesorias a diferencia de las consecuencias jurídicas directas, son las que dependen de la responsabilidad previamente de una persona (después se aplica la consecuencia jurídica a la persona moral) en cambio las directas, las personas jurídicas tienen capacidad de acción jurídico- penal y por último la declaración de responsabilidad sin pena¹⁶ se determina la responsabilidad jurídica pero no se aplica una pena, no debe de confundirse con una sentencia absolutoria, debido a que ante la primera figura se acreditan todos los elementos que configuran un delito¹⁷. A manera de ejemplo:

Declaración de Responsabilidad sin pena.	Sentencia absolutoria
Si hay delito.	No hay delito
Si hay consecuencia jurídica.	No hay consecuencia jurídica.
Si hay responsabilidad civil.	No hay responsabilidad civil.
Si hay antecedentes penales.	No hay antecedentes penales.
No hay pena.	

En palabras de Miguel Ontiveros, agrega dos finalidades que persigue el derecho penal: la prevención de delitos y la maximización de garantías y derechos¹⁸, por lo que en ningún momento se refiere al derecho penal, como un medio cruel para castigar, estas finalidades servirán de análisis en el capítulo tercero.

¹⁶ **Los Códigos Penales, lo establecen respecto al homicidio**, ejemplo en Chiapas: artículo 90 del Código Penal del Estado de Chiapas. *“No se sancionará a quien culposamente ocasione lesiones u homicidio en agravio de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta sin limitación de grado, hermano, cónyuge, concubino o concubina, adoptante o adoptado, salvo que el sujeto activo se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos sin que medie prescripción médica o bien si no auxiliare a la víctima”*.

¹⁷ Véase Ontiveros Alonso, Miguel. Op. Cit, p. 34-38.

¹⁸ *“Ante la primera finalidad significa que el derecho penal no sanciona a una persona por lo que hizo, sino para que no lo vuelva hacer”*, la prevención tiene dos dimensiones, una general y una especial, complementándose con la segunda finalidad, la maximización de derechos, debido a que el poder punitivo del Estado requiere un límite, y ese límite se da con base al respeto del debido proceso. (Derechos reconocidos en Tratados Internacionales y Constituciones). Ibidem, p.39.

Para entender al debido proceso en el Sistema de Justicia Penal es necesario mencionar los tres elementos que lo integran y que determinan.¹⁹

1. Parte Sustantiva y dogmática. ¿Qué es delito?
2. Parte Adjetiva o procesal. ¿Hay o no hay delito?
3. Parte de Ejecución. ¿Cómo y para que aplico la pena?

La parte sustantiva lo integran dos temas importantes la teoría del delito (mediante el estudio de sus cuatro elementos: acción, típica, antijurídica y culpable) y la dogmática jurídica penal; recordemos que el derecho penal es cultural y el estudio del mismo va evolucionando con el paso del tiempo, los delitos van cambiando en torno a la necesidad actual. (ejemplo: actualmente delitos cibernéticos).

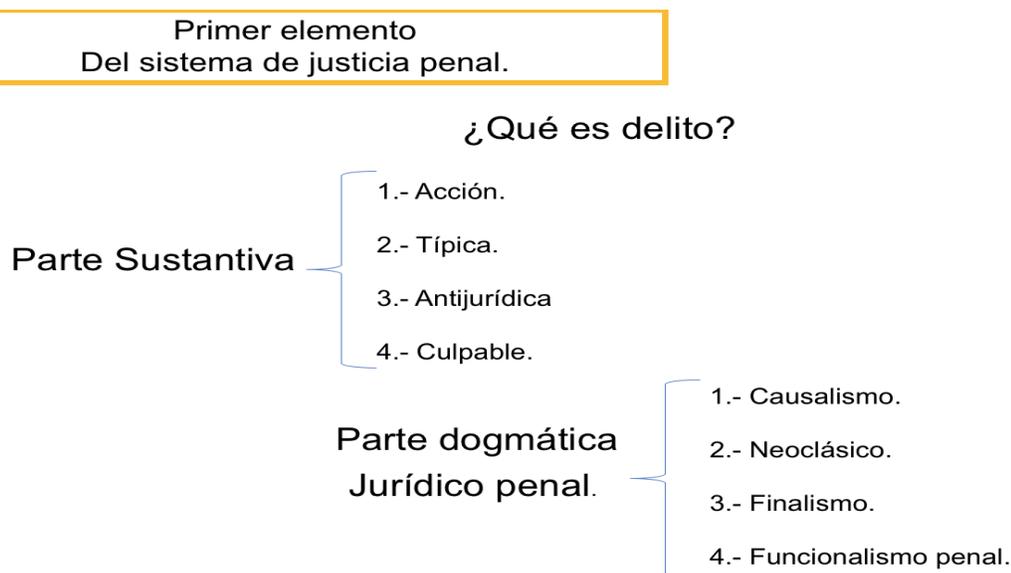


Imagen 1: Elaboración propia con base A los primeros elementos que conforman al Sistema de Justicia Penal. (sustantiva y dogmática)

El segundo elemento la parte procesal o adjetiva, tras la reforma constitucional

¹⁹ Champo Sánchez, Nimrod Mihael. (Explicaciones de catedra), Seminario en Ejecución Penal, abril 2018, Casa de la Cultura Jurídica Ministra Gloria León Orantes.

publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, lo integra un Sistema Penal Acusatorio, conformado por tres audiencias: la audiencia inicial, audiencia intermedia y audiencia de juicio oral, cada una con sus respectivos actos procesales, en la presente investigación entraremos al estudio de la audiencia inicial en específico el acto procesal de “Medidas cautelares”, analizándose los problemas que se derivan entorno a ella al no cumplir con los principios que establece el mismo sistema de justicia, aplicando a la prisión preventiva de manera oficiosa sin ser debatida, vulnerando principios como el de contradicción y la figura del juez imparcial.

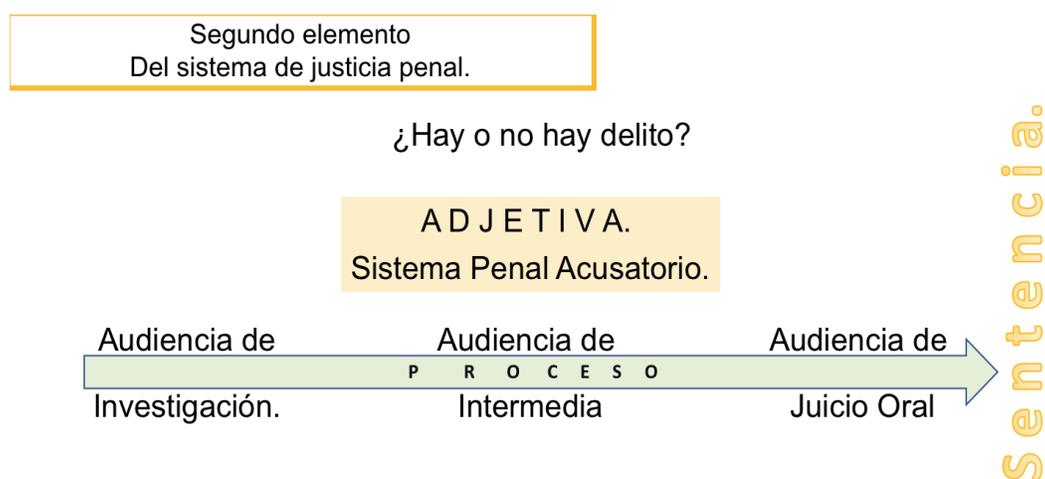


Imagen 2: Elaboración propia con base Al segundo elemento que conforman el Sistema de Justicia Penal. (parte adjetiva).

Y, por último, el tercer elemento: de ejecución mediante el cual se determinará ¿para qué? y ¿cómo? se aplicará la pena.

Así, la democracia constitucional de nuestro país, tiene su origen esencial en el reconocimiento de los Derecho Fundamentales y los Derechos Humanos, en las garantías que se establece para su protección y los instrumentos internacionales en donde el Estado Mexicano forma parte. El debido proceso, no únicamente ha sido reconocido como un derecho fundamental por el máximo ordenamiento jurídico de los Estados, sino también como un Derecho Humano universal, a través de Tratados

Internacionales.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su labor de protección de los Derecho Humanos, ha ampliado el contenido normativo aumentado las subcategorías de protección, emitiendo jurisprudencias dirigidas a los Estados que han aceptado su competencia, para implementarla a su legislación y práctica. El Debido proceso ha sido reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos, de modo que logra garantizar una eficacia judicial durante el proceso, lo denomina como “*garantías judiciales*”²⁰, este concepto engloba una gama de derechos mínimos que deben de ser protegidos, antes del proceso, durante el proceso y en la ejecución de un proceso penal.

En la Constitución Política de los Estados Unidos, tiene su origen en el artículo 14²¹, en donde se establece la prohibición a la afectación de un Derecho Fundamental sin un procedimiento previamente establecido con pleno respeto de los mismos, guardando estrecha relación con el artículo 17²², al establecer el derecho al acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva, marcando la obligación del Estado de respetar el derecho al debido proceso.

Como ha se escrito en párrafos anteriores, la protección de los derechos de las personas, durante las instancias procesales, se encuentra reconocido incluso universalmente, sin embargo, la realidad, es que existen un gran número de casos

²⁰ Poder asignarle una definición con aceptación universal, no ha sido posible, ello dependerá del tipo de proceso que ha de llevarse, de este modo se asegurara que los derechos de las personas que están siendo parte de un proceso, sean respetados y garantizados por el Estado, por su parte **el artículo octavo de la CADH**, 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, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, a que se le presuma su inocencia, con plena igualdad entre las partes.*

²¹ **Art. 14, Párrafo 1ro CPEUM**, “*Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho*”.

²² **Artículo 17 párrafo 2do CPEUM**, “*Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial*”.

en donde no se ha logrado garantizar de manera correcta. Hoy en día, el problema central de la justicia penal, se proyecta sobre las contiendas acerca de Derechos Humanos, “gira en torno al falso dilema entre el debido proceso (*due process*) y la contención del crimen (*crime control*) o bien a la eficacia de la persecución penal instalada sobre el respeto al derecho humano de una parte y la seguridad pública, de la otra”²³, el Estado tiene la obligación de proteger a la víctima u ofendido y a la sociedad frente al interés social o colectivo: ejemplo, ante la prisión preventiva se pondera el interés colectivo de hacer justicia vs el interés colectivo de proteger Derechos Fundamentales (libertad).

No obstante, de lo anterior, la legislación penal mexicana se ha caracterizado por su mala calidad; muchos tipos penales resultan imprecisos, con abundancia de elementos cuya interpretación queda sujeta a la discrecionalidad del juez²⁴. En este debate debe de ser añadido el concepto del *mal menor* elemento que pretende conciliar en una especie de justo medio realista, las exigencias extremas en un punto absoluto respecto de los derechos y en el otro, satisfacción imperiosa de la seguridad, que se plantea en situaciones de crisis.²⁵ Es decir, se reconoce o es aceptable ciertas medidas que en ocasiones suelen ser reprochables, ejemplo de ello, y como se ha mencionado es la figura de la prisión preventiva, mediante el cual suele privarse de la libertad a una persona sin tener una sentencia previa que demuestre su culpabilidad, es un acto que es aceptado ante algunas circunstancias pero reprochable en otras, se impondrá dependiendo del estado de necesidad, como se explicara más adelante.

Siguiendo las líneas de esta investigación se debe de destacar que el principal objetivo del debido proceso es garantizar el reconocimiento y defensa de los Derechos Humanos de las personas, asistirlos durante el desarrollo de su proceso

²³ García Ramírez, Sergio, *Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, México, IJ-UNAM, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2006, p. 1116.

²⁴ Eduardo López Betancourt, *La Constitución y el Derecho Penal*, Revista de la Facultad de Derecho de México Tomo LXVII, Número 267, enero-abril 2017, p. 221.

²⁵ García Ramírez Sergio, *El debido proceso concepto general y regulación en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos*, Boletín Mexicano del Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, número 117, septiembre- diciembre de 2006, p. 647.

penal (independientemente si es la victima u ofendido e imputado) y sobre todo velar por que no exista abusos de autoridad, por lo que para la realización del mismo, se encuentra integrada de un conjunto de garantías y principios, de los cuales se analizaran en los siguientes párrafos.

1.2.- El debido proceso y sus garantías procesales.

Como ya se ha mencionado al inicio de este capítulo, el debido proceso está integrado por garantías procesales que hacen posible su finalidad. Por lo que es obligación del Estado establecer garantías necesarias y adecuadas, que aseguren el goce efectivo de los Derechos fundamentales.

En específico la regulación constitucional del derecho a la libertad personal, se centra en el reconocimiento de sus derechos-garantías, persiguiendo dos finalidades: garantizar la esfera de autonomía física de las personas y la a constreñir a los poderes públicos a actuar dentro de los límites que el derecho de mérito les impone para poder privar alguien de la libertad²⁶.

La garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 de la Carta Magna, establece que ninguna persona podrá ser privado de la libertad, propiedad o derechos sin haber cumplido con las “formalidades esenciales del procedimiento”, con ello damos a entender que las formalidades de los actos procesales de las autoridades, debe de realizarse conforme a las disposiciones procesales exactamente aplicables al caso concreto, de lo contrario se transgrede el derecho positivo y, por ende, se actualiza la infracción a la garantía de que se trata²⁷. Precisamente, dentro de las formalidades lo integra la garantía de audiencia, misma que se encuentra conformada por cuatro, elementos de acuerdo a la tesis 1ª IV/ 2014²⁸, en la que establece la notificación al inicio del procedimiento, la oportunidad

²⁶ Suprema Corte de la Justicia de la Nación, *Derecho a la Libertad Personal*, México, SCJN, Serie de Derechos Humanos núm. 2, ed., 2017, p.13.

²⁷ Tesis: I.8o.C.13 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, junio de 1996, p. 845.

²⁸ Tesis: 1a. CCLXXVI/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXIV, septiembre de 2013, Tomo 1, Pg. 986.

de ofrecer y desahogar pruebas, la oportunidad de alegar y la obtención de una sentencia en la que dirima las cuestiones debatidas.

Respeto a la Convención Americana de Derechos Humanos, se le denomina garantías mínimas, porque han ido aumentando de acuerdo al proceso que ha de regirse, en el caso del derecho penal, materia que nos ocupa, por mencionar algunos: plazos razonables para la realización de actos procesales, derecho a no ser privada de libertad personal, salvo por las causa y condiciones previamente fijadas por las disposiciones legales y constitucionales, derecho a no ser sometidas a detenciones o encarcelamientos arbitrarios, derecho a ser llevada sin demora ante un juez, derecho de la persona detenida a ser juzgada dentro de un plazo razonable, o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, derecho a la persona privada de su libertad de impugnar la legalidad de su detención, derecho a la defensa y asistencia letrada, derecho de notificar a un tercero que está bajo custodia del Estado, derecho a la reparación (esta es una de las garantías más difíciles de cumplir, debido a que el Estado posterior a una sentencia absolutoria en donde durante el proceso una persona estuvo privada de su libertad y se le ocasiono con ello ceberos daños a otros Derechos Fundamentales, no llega a obtener una reparación del daño, debido a la falta de leyes que regulen esta situación).

En este sentido y en teoría, el debido proceso es garante de una sentencia justa, que va observar que se cumplan ciertos principios durante el proceso penal, principio de igualdad o contradicción de las partes o principio durante la etapa adjetiva del Derecho Penal, es decir principios que regirán durante la determinación de la probable existencia de un delito. En las primeras hojas de este capítulo se hizo mención de las Garantías mínimas judiciales que establece la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo octavo, no obstante, la Constitución, establece estas mismas garantías y principios en su artículo 20, elementos esenciales que van a determinar derechos, a continuación se realiza una comparación de ambos preceptos:

<p align="center">Convección Americana de Derecho Humanos. Artículo 8. Garantías Judiciales.</p>	<p align="center">Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 20 Apartado A. Principios generales y B. Derechos de las personas imputadas.</p>
<p>1. 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...</p>	<p>Apartado A, fracción II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica.</p> <p>Apartado A, fracción IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente.</p>
<p>2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.</p>	<p>Apartado B, fracción I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.</p>
<p>2. 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</p>	<p>No se establece.</p>
<p>2. b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.</p>	<p>Apartado B, fracción II. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma.</p> <p>Apartado B, fracción III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten.</p>
<p>2. c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;</p>	<p>Apartado B, fracción IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;</p>
<p>2. 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.</p> <p>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;</p>	<p>Apartado B, fracción VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera</p>
<p>2. 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</p>	<p>Apartado B, fracción IV.</p>
<p>2. g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable</p>	<p>Apartado B, fracción II. Derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio.</p>
<p>2. h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.</p>	<p>No se establece.</p>
<p>3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.</p>	<p>Apartado B, fracción II. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;</p>

4. El inculgado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.	No se establece.
5. El proceso penal debe ser público , salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.	Apartado B, fracción V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.
No se establece.	Apartado A, fracción I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.
No se establece.	Apartado A, fracción III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo.
No se establece.	Apartado A, fracción VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado.
No se establece.	Apartado A, fracción IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.
No se establece.	Apartado B, fracción X. La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

Tabla 1: Cuadro comparativo de garantías y principios del Sistema Procesal Penal establecidos en la CADH Y CPEUM.

1.3.- El debido proceso y sus Principios generales del sistema penal acusatorio.

El proceso penal actualmente se encuentra definido por *principios* (insertados en el texto constitucional), en el artículo 20 de la Carta Magna, establece el núcleo procesal de este sistema acusatorio, el primer párrafo establece las características que lo rigen y enuncia cinco principios, propios del sistema, sin embargo, en opinión estos más que principios del sistema penal en general, son principios que regirán las audiencias o los actos probatorios, por lo que el análisis de estos principios se desarrollara en el siguiente subtema. El artículo 20 constitucional, se encuentra dividido en tres apartados, el primero apartado A; establece principios característicos y principios que van a regir las audiencias, el apartado B; establece los derechos de toda persona imputada y por último el apartado C; establece los derechos de las víctimas.

Los principios en opinión de Nimrod M. Champo Sánchez, *“son una especie particular de normas, caracterizados por su formulación, su estructura lógica o su contenido, diferentes a las normas por la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico o por la función que cumplan en él”*²⁹, a diferencia de las normas, estos no se encuentran formulados literalmente, por lo que se requiere de la interpretación con base al principio de ponderación, se caracterizan porque son inspirados por valores, se encuentran en la Constitución y se establecen como criterios de interpretación de la norma jurídica, *“se utiliza en la actualidad para colmar lagunas mediante la interpretación”*³⁰. De este modo y ante la abundancia de principios, la doctrina lo ha dividido en dos categorías: principios *jurídicos- naturales* (postulados básicos de justicia) y *jurídicos- técnicos* que rigen en el proceso penal (dependen del objeto del proceso). De acuerdo a la primera clasificación *“son aquellos que deben ser tomados en cuenta por la realidad procesal si se desea que el principio*

²⁹ Champo Sánchez, Nimrod Mihael, *La labor del jurista, Argumentar, buscar la verdad e investigar*, México, Flores Editor y Distribuidor, S.A de C.V., 2012, p. 6.

³⁰ *Ibídem*, p. 7.

resulte elementalmente justo y considerado como tal³¹ dentro de estos encontramos el principio de audiencia y contradicción, mientras que, en la segunda clasificación, dependerá del proceso (materia penal, civil, mercantil, etc.) el principio de oficiosidad³².

De esta manera, el proceso penal se nutre a través de los principios y garantías que se encuentran en nuestra Constitución, durante el proceso penal se debe de tener en cuenta la estrecha relación de la Carta Magna y el proceso penal, por lo que para resolver una controversia de orden criminal se debe de realizar con base al bloque Constitucional y de Convencionalidad, construyendo de esta forma un Estado Social de Derecho. Claus Roxin, lo denomina “*sismógrafo de la Constitución del Estado*” a la relación de la Constitución y el Proceso penal³³.

Como ya se ha mencionado en el párrafo anterior, la importancia de la Constitución y de los Tratados Internacionales, se realizará con base al análisis de los principios del debido proceso a partir de lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución Mexicana. Dentro de los principios que tienen incidencia en todo Sistema Procesal Penal, tenemos a los que a continuación se analizarán.

1.3.1.- Principio general de igualdad.

Establecido en el artículo 24, párrafo único de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁴, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 1ro y 20, apartado A, fracción V, las partes tendrán igualdad procesal, para poder sostener la acusación y la defensa, en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo decimo, establece que las partes recibirán “*el mismo trato y no se aceptara discriminación ante ninguna condición, que atente*

³¹ Natarén Nandayapa, Carlos Faustino y Caballero Juárez, José Antonio, *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*, México, UNAM, 2014, p. 6.

³² Tomé García, José Antonio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, Colex, 2016, p. 36.

³³ Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores Puerto, 25 edición, 2003, p.10.

³⁴ **Artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.** “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*”.

contra la dignidad humana o pretenda menoscabar los derechos y libertades de las personas". Ahora bien, la Corte Interamericana de los derechos Humanos, *"ha sostenido que la noción de igualdad deriva directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona; sin embargo, no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio"*³⁵, Se realiza un acto discriminatorio cuando existe una distinción que carece de finalidad legítima, que no es objetiva y mucho menos razonable, por lo que afecta y causa un detrimento a los Derechos Humanos de las personas.

En este sentido, hablar de igualdad, se trata de situar tanto a la acusación como a la defensa litiguen en las mismas condiciones, es decir, tengan oportunidades similares para acusar, defender y sustentar sus posiciones. Para efectos de la igualdad en el proceso la fracción III del artículo 20 Constitucional, señala *"se considera como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio"* esta regla tiene una excepción cuando se garantiza el desahogo de la prueba anticipada³⁶, ante principio hablamos de igualdades procesales tanto para acusar como para defender. En este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que *"el principio de igualdad ante la ley, no se reduce a la enunciación de la igualdad, sino que persigue una igualdad material mediante la compensación de las asimetrías o de las desventajas en que pudieran encontrarse las partes en el proceso"*³⁷ Así, a partir de este señalamiento, en el proceso penal debe de existir un equilibrio de las partes, de modo que ninguno pueda quedar en estado de indefensión.

1.3.2.- Principio de juez natural.

La Constitución Mexicana y la Convención Americana de Derechos Humanos,

³⁵ Tesis: 1a./J. 49/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia, no. registro: 2012715, Décima Época, Primera Sala, Libro 35, octubre de 2016, Tomo I, Pg. 370.

³⁶ La prueba anticipada puede ser solicitada hasta antes de la audiencia de juicio oral, será desahogada en presencia del Juez de control, cuando exista necesidad del desahogo de la misma por el riesgo a la alteración del medio probatorio.

³⁷ Tesis: XXII.P.A.23 P (10a.), Semanario Judicial de la Federación, 2017169, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, viernes 15 de junio de 2018.

reconoce al juez natural como un principio del debido proceso, los elementos que lo conforman son la independencia, imparcialidad y autonomía, son requisitos generalmente asignados a la figura del juzgador, como elemento sustancial para pensar en el deseado juez profesional que garantiza el debido proceso³⁸. La ausencia de cualquiera de estos elementos hace imposible que se actualice el principio de legalidad.

Este juez estará a cargo de la situación en conflicto presentada por las partes, su labor del juez es velar el respeto y reconocimiento de los Derechos Humanos y garantizar un juicio justo apegados a los principios y garantías que son indispensables para la satisfacción de un debido proceso. Por lo que no únicamente estará apegado al cumplimiento de las leyes, sino más bien, requiere de la interpretación de la misma.

Como parte aguas del reconocimiento de este principio y de muchos derechos fue el *caso de Rosendo Radilla Pacheco*, sentencia que abrió paso al análisis de situaciones que vulneran y violan un proceso. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de *Mejía Idrovo vs Ecuador*, considero que el juez como director del proceso, debe de velar porque se cumpla, la regla del debido proceso de las partes y el incumplimiento podría acarrear la aplicación de reglas de nulidad³⁹. La imparcialidad la constitución lo establece al mencionar que “*el juicio se celebrara ante un juez que no haya conocido del caso previamente*”⁴⁰ Es decir, la resolución dependerá de un tercero desinteresado a los intereses de dos particulares - ministerio público y defensa-. Así también la Corte IDH, ha establecido literalmente que “*Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos*”⁴¹. Es decir, toda persona debe

³⁸ Islas del González Mariscal, Olga y otros (Coord.) *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal, Mesa 7: El juez natural y jurisdicción militar*, México, UNAM, 2014, p. 354.

³⁹ *Ibidem*, p. 362.

⁴⁰ Véase artículo 20, apartado A, fracción IV.

⁴¹ Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 143

de ser juzgada, por tribunales, competentes, imparciales e independientes, bajo procedimientos legalmente establecidos.

1.3.3.- Principio de *in dubio pro reo*.

Toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario, este principio se encuentra ligado con el principio de presunción de inocencia, debido a que la persona que se le ha señalado como la probable responsabilidad de un delito, no tiene la obligación de demostrar su inocencia, el Estado a través del Ministerio Público o del Fiscal debe de probar los elementos constitutivos de un delito o la responsabilidad del imputado⁴². Circunstancia ante el cual, si no se llegara a comprobar la responsabilidad penal a través de los elementos de prueba, y existiera incertidumbre o duda, por mínima que sea, el juzgador con base al principio *In Dubio Pro Reo*, debe de resolver en favor de la persona acusada, “*la función del juicio es superar la incertidumbre*”⁴³, solo si existe certidumbre de los hechos se debe condenar.

Al inicio del párrafo anterior iniciamos dando una explicación breve del principio de presunción de inocencia, aunque exista un amplio vínculo con el principio *in dubio pro reo*, son estándares diferentes en el proceso penal; mientras que la presunción de inocencia establece como se va a tratar a la persona imputada durante el proceso, el principio *in dubio pro reo*, se presenta con un estándar más alto y tiene efectos en la sentencia. Para Sentis Melendo el “*proceso no es una actividad de averiguación sino de verificación*”⁴⁴. El fundamento Constitucional de este principio lo encontramos de manera implícita en el artículo 14, segundo párrafo, al establecer la prohibición de “*imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de*

⁴² Tesis: 1a. LXXIV/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, Tomo XXII, agosto de 2005, p. 300.

⁴³ Sentís Melendo, *In dubio Pro Reo*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1971, p.23.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 26.

razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". Bajo esta interpretación, se prohíbe el lugar a duda, si perjudica a la persona que está siendo procesada. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que el citado principio, forma parte del "*derecho fundamental a la presunción de inocencia en su vertiente de estándar de prueba el In dubio pro reo, debe de entenderse como la existencia de incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis de la acusación y de la defensa*"⁴⁵. La duda de la que se habla no va a surgir de la subjetividad del juzgador, sino de la ausencia del material probatorio que justifiquen la existencia de la duda.

1.3.4.- El derecho a la defensa.

La Comisión Derechos Humanos, establece en su artículo octavo 8, párrafo segundo 2 y quinto 5, el derecho a una defensa adecuada, por su parte el apartado "B", fracción VIII, del artículo 20 Carta Magna⁴⁶, contempla este derecho. Cuando nos referimos al derecho a la defensa en el párrafo anterior, el papel del juez es velar por el derecho de las partes a ser oídas, debido a que no es sólo un derecho subjetivo ajeno a respetar, es también regla fundamental organizadora de su actividad, dirigida a conformar el proceso de la manera más adecuada para obtener la mejor actuación de la norma.

Estas condiciones deben de cumplirse para asegurar una defensa adecuada, se procura que se respete en mayor medida los derechos de los imputados, este

⁴⁵ Véase Tesis: 1a. CCXIX/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 2009463, Primera Sala, Libro 19, junio de 2015, Tomo I, p. 589 y Tesis: 1a. CCXX/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2009464, Primera Sala, Libro 19, junio de 2015, Tomo I. p. 590.

⁴⁶ **Artículo 20, apartado B, fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:** "*Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera...*"

derecho “se garantiza cuando la proporciona una persona con conocimientos técnicos en derecho, suficientes para actuar diligentemente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evitar que sus derechos se vean lesionados”⁴⁷., Un defensor o en su caso un asesor jurídico debe de contar con ciertos conocimientos, habilidades, destrezas y actitudes que sean el medio para garantizar estos derechos desde el inicio de las investigaciones o en su caso desde la detención cuando son delitos en flagrancia, hasta el momento en que la sentencia quede firme (cosa juzgada), las autoridades deben de velar para que no existan violaciones de ninguna índole, el buen desempeño de éste, va a depender que no se afecten más derechos. Es importante señalar que, con la reforma en materia penal, se procura con mayor atención que los imputados y víctimas u ofendidos se encuentren salvaguardados de sus derechos durante todo el procedimiento.

Principio de presunción de inocencia; del cual entraremos a un análisis detallado y que se explicara en el siguiente subtema. Estos principios permitirán resolver problemas de aplicación e interpretación de las normas procesales. No obstante, como se mencionó al inicio de este apartado, los principios son muy abundantes por lo que a continuación se enumeraran otros principios:

1. Principio de dignidad humana.
2. Principio de legalidad.
3. Principio de *ultima ratio*.
4. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.
5. Juicio Previo.
6. Justicia Pronta.
7. Principio de proporcionalidad (se analizará en el segundo capítulo).

⁴⁷ Tesis: P. XII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tesis: Aislada, Pleno, 2006152, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, página: 413.

Mientras que en la tercera columna que integra el Sistema de Justicia Penal, la parte de ejecución, en opinión de Miguel Ontiveros Alonso, podemos destacar los siguientes principios.

1. Principio de dignidad de la persona.
2. Principio de legalidad.
3. Principio de reinserción.
4. Principio de mínimo aislamiento.
5. Principio de judicialización de la ejecución.

1.4.- Principios de las audiencias en el Proceso Penal Acusatorio y Oral.

Se han analizado los principios generales del proceso por lo que a continuación se analizarán los principios que rigen las audiencias en el proceso penal acusatorio y oral.

Ahora bien, el artículo 20 Constitucional establece:

*“El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los **principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación...**”*

Al inicio establece que el sistema será acusatorio y oral. El concepto acusatorio, se refiere precisamente a la separación de funciones procesales (acusar, defender y juzgar). Dándole al juzgador elementos suficientes, para tomar una determinación que cumpla con las finalidades del proceso *“el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados del delito se reparen”*⁴⁸ con base a los argumentos que sostiene en igualdad procesal el ministerio público y la defensa. Las pruebas serán valoradas bajo criterio de libre valoración y sana crítica.

⁴⁸ Véase artículo 20 Constitucional, apartado A fracción I.

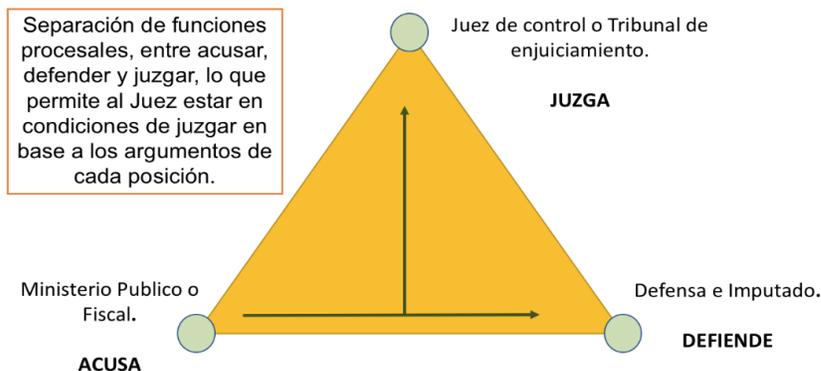


Imagen 3: Acusatorio. Creación propia.

Una de las características principales de este modelo es el *“límite de la aplicación de las medidas cautelares, en específico la prisión preventiva”*⁴⁹ lograr la efectividad de esta característica, ha sido uno de los retos más complejos de los que se enfrenta en Estado Mexicano, porque la tasa de población carcelaria, por personas que se encuentran privadas de su libertad sin tener una sentencia condenatoria asciende a grandes cantidades –esto será el objeto de análisis en los siguientes dos capítulos-.

Por otra parte, al establecer que el sistema penal tendrá como modelo la oralidad, no debemos que irnos con la idea de que todo es oral, aún dentro del sistema existen actos procesales de manera escrita –la audiencia intermedia, que inicia con el escrito de acusación, se divide precisamente en dos etapas una escrita y otra oral-, lo que esta característica nos establece, es precisamente que la oralidad (la palabra hablada) va a predominar en todas las audiencias, es decir, anteriormente a la reforma se creía, que lo que no estaba escrito y formaba parte de los autos no existía, hoy en día se cambia esta idea y con base a esta característica, lo que no se desahoga de forma oral, no es parte del proceso. (ejemplo: el ministerio público puede contar con una investigación súper completa, con una variedad de testigos, peritos y demás, pero si no es desahogada de forma

⁴⁹ Natarén Nandayapa, Carlos Faustino y Caballero Juárez, Op. Cit. p. 10.

oral, esto no es valorado por el juzgador)

Ahora bien, se ha dado una explicación del modelo acusatorio y oral, características del sistema, estos no son principios. La diferencia entre características y principios, es precisamente que el primero de ellos, no ha lugar a excepciones, mientras que ante los principios habrá excepciones, conforme a lo dispuesto en la Constitución Política y el Código Nacional de Procedimientos Penales y dependiendo cada caso en concreto, a continuación, se realizará una descripción breve de cada uno de ellos y sus excepciones.

1.4.1.- Principio de publicidad.

Descripción (artículo 20 A, fracción IV CPEUM)	Excepciones (artículo 20 B, fracción V CPEUM)
Publicidad, como su nombre lo indica, la función de este principio es precisamente, permitir el acceso al público en general, a poder presenciar las audiencias.	Por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, revelación de datos protegidos o cuando el tribunal estime que existe razones fundadas para justificarlo.

Con base a las excepciones anteriormente señaladas, podríamos aumentar aquellas marcadas por arbitrio del juez, es decir, cuando exista desorden por parte del público, por lo cual estará facultado para ordenar abandonar la sala para mantener el orden de la audiencia, estas mismas excepciones se encuentran en la ley adjetiva art. 64 Código Nacional de Procedimientos Penales, garantizadas por el Pacto Nacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14 núm. 1⁵⁰, estos

⁵⁰ **Artículo 14 núm. 1 del Pacto Nacional de Derechos Civiles y Políticos:** *“La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de*

límites se van a realizar conforme a lo establecido en nuestra Carta Magna artículo primero, párrafo segundo, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de las personas, *principio pro homine*.

En opinión de Ferrajoli, este principio configura el elemento esencial y más llamativo del proceso penal acusatorio⁵¹. Lo que implica al incorporar este principio, es que se realice un control del ejercicio del poder represivo que pudiera imponer el Estado. El papel de la transparencia en el ejercicio de la impartición de justicia, cobra gran relevancia, independiente de que exista personas presenciando los actos procesales, todas las audiencias son video-grabadas, como lo establece el Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 61, mediante el cual se permite su consulta y valoración, prácticamente en vivo, garantizando la conservación de todo lo actuado, mostrando evidencia que han sido satisfechas las garantías primarias. Por otra parte, exige una mejor preparación por las partes intervinientes para una defensa adecuada y una acusación motivada.

Precisando lo anterior, Sebastian Van Den Dooren, *“opina que a puertas abiertas todo es diferente, las fuerzas y las pasiones tendrán lugar dentro de un marco rígido, tendrá un freno por la misma sociedad”*⁵², la cual vigilara el desahogo de cada etapa procesal.

Este principio cuenta con fundamento a nivel internacional, la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo octavo inciso quinto⁵³, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo decimo⁵⁴, por su

las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

⁵¹ Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Op. Cit, p. 617.

⁵² Ibídem, p. 35

⁵³ **Artículo octavo inciso quinto, Convención Americana de Derechos Humanos:** *“El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.*

⁵⁴ **Artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:** *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal*

parte en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 inciso primero⁵⁵. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que la publicidad tiene como propósito asegurar la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen, fomentando la confianza de los tribunales de justicia.

De los preceptos transcritos, se puede observar que el principio de publicidad es un eje rector que va a garantizar, otros principios.

1.4.2.- Principio de inmediación.

Descripción	Excepciones
Ante este principio se requiere que todas partes se encuentren en presencia del órgano jurisdiccional, (triangulo procesal), juez, fiscal o ministerio público, defensa e Imputado, la presencia de la víctima o asesor no son impedimentos para llevar acabo la audiencia respectiva.	Prueba anticipada. Alteración de la audiencia por parte del imputado, lo que obliga al juez a continuar la audiencia sin su presencia.

El principio de inmediación, es precisamente aquel que va ordena que el juez de control o tribunal de enjuiciamiento, perciba a través de sus sentidos y sin intermediarios en todas las audiencias, y de esta forma tener todos los alcances de credibilidad, apreciando ese contexto de forma directa y no a través de terceros

independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

⁵⁵ **Artículo 14 inciso primero del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos** “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella.. ”

como se realizaba en el anterior sistema.

1.4.3.- Principio de contradicción.

Descripción (artículo 20 A, fracción IV y V CPEUM)	Excepciones (artículo 305 CNPP)
Este concepto hace hincapié al enfrentamiento de las partes en igualdad procesal. En ella se da la posibilidad de controvertir las pruebas, argumentos y actuaciones de las partes.	Prueba anticipada: En caso de que no exista imputado identificado se designara a un defensor público para que intervenga en la audiencia.

El principio de contradicción, resulta ser la esencia del modelo acusatorio, en este se supone la idea de proceso con las partes enfrentadas en igualdad de condiciones ante un juez que actúa con característica de un tercero imparcial y ajeno a dicho conflicto, esta condición *Calamandrei*, le ha denominado “fuerza motriz en el procedimiento”, ante cual el principio de contradicción tiene un papel de suma de importancia. Por lo que este principio junto al de defensa y de igualdad, no constituyen sólo derechos de las partes que el tribunal debe respetar, sino que son también una garantía de la correcta actuación del derecho objetivo⁵⁶. Las partes tienen el derecho de controvertir los medios de prueba y debatir los argumentos de la contraparte.

Este principio está íntimamente relacionado con el derecho de audiencia y el derecho a la defensa, por lo cual ambas partes tendrán las mismas oportunidades para conocer, controvertir y confrontar las pruebas, al igual que formular y oponerse a los alegatos. Tiene su fundamento Internacional en el Pacto Internacional de los

⁵⁶ Decap Fernández, Mauricio, *El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción*, Revista del Instituto de la judicatura Federal, 2014, p. 59.

Derechos Civiles y Políticos, artículo 14. 3 inciso B⁵⁷, Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo 8.2 inciso B y F,

1.4.4.- Principio de concentración.

Descripción (artículo 17 párrafo 2do CPEUM)	Excepciones (artículo 30 CNPP).
Realizar el mayor número de actos procesales en el menor número de audiencias.	Por causas de acumulación y conexidad.

En opinión Caballero Juárez, la concentración busca evitar la dispersión temporal de las actuaciones procesales⁵⁸, cuando hablamos de sus excepciones, están se verán afectadas con la acumulación, debido a que afecta la acumulación de las pruebas y las actuaciones de dichos casos por lo cual va incidir en la teoría del caso tanto de la defensa como la Fiscalía o ministerio público.

1.4.5.- Principio de continuidad.

Descripción (artículo 17 párrafo 2do CPEUM)	Excepciones en la ley.
Mediante este principio se busca celebrar las audiencias en la medida de lo posible, sin interrupciones.	Dependerá de cada caso en concreto, es decir si existen muchos inculpados que haga imposible el desahogo de la audiencia en un mismo día o cuando existen circunstancias de fuerza exterior o

⁵⁷ A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.

⁵⁸ Citado por Pérez Daza, Alfonso, Teoría y práctica del proceso penal acusatorio, México, Tiran lo Blanch, 2016, p. 53

Emitiendo resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.	irresistibles que logren interrumpir las audiencias o en su caso a solicitud de las partes por cuestiones de necesidades físicas.
--	---

Su principal finalidad es evitar un trámite procesal por un lapso prolongado, es decir, busca la agilidad de las audiencias.

No obstante, para finalizar este análisis de los principios en el debido proceso es necesario destacar, que estos últimos que establece el artículo 20 Constitucional primer párrafo, no son precisamente principios que rigen el proceso, sino más bien son principios que rigen a las audiencias y el desahogo de la prueba.

1.5.- El papel del principio de presunción de inocencia en el debido proceso.

El debido proceso en materia penal cuenta con un principio fundamental como es la presunción de inocencia. Tras la reforma de 2011 en Derechos Humanos, es muy amplio los instrumentos internacionales en donde se ha optado por el reconocimiento de este derecho, el artículo noveno de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo noveno del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXV, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos artículo séptimo y por ultimo lo Principios y Buenas Practicas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.

Es fundamental mencionar que el Principio de presunción de inocencia ha sido tomado en cuenta desde los primeros documentos en donde por primera vez se le ha reconocido derechos al hombre como lo fue La Declaración de los Derechos del

hombre y el Ciudadano de 1789⁵⁹. Posteriormente se ha venido trabajando en el reconocimiento de manera Internacional de este principio fundamental, en nuestra Carta Magna, este derecho se encuentra plasmado en el artículo 20, apartado B, fracción I⁶⁰. Por lo que toda persona debe de ser considerada como inocente hasta que no se demuestre su culpabilidad mediante sentencia condenaría. La presunción de inocencia desde una perspectiva procesal desplaza la carga de la prueba a quien acusa, sin que el imputado deba de probar su inocencia.

Para Ferrajoli, la presunción de inocencia, no permite *latu sensu*, es decir que exista culpa sin juicio, y en *strictu sensu*, ordena que la acusación se someta a prueba y refutación, es decir en todo momento el inculpado tendrá como Derecho fundamental la inocencia, derecho que el Estado debe de reconocer y garantizar. El que acusa (fiscal o ministerio público), es el que tiene la obligación de probar la culpabilidad.

La presunción de inocencia y la prisión preventiva, es un debate que se ha discutido durante años, cuestionándose, ¿Qué sería mejor, culpables absueltos o inocentes sufriendo una pena?, la figura de la presunción de inocencia reconocida a nivel internacional, tiene como finalidad limitar al Estado de su actividad sancionadora, mientras no pueda ser probada la culpabilidad de la persona. El hecho de imputarle cargos penales a una persona constituye una pretensión, debido a que se ha encontrado elementos que pudieran señalar su participación en un hecho ilícito, sin embargo, no se les está decretando su culpabilidad, situación que se actualiza en el dictado de la sentencia definitiva. Cuando hablamos de culpabilidad hacemos referencia al último elemento del delito que se fundamenta en

⁵⁹ **Artículo 9 de la Declaración de los Derechos del hombre y el Ciudadano de 1789:** *Puesto que cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley*

⁶⁰ **20, apartado B, fracción I:** *“A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.*

la motivabilidad, es decir una vez que se ha logrado actualizar el injusto penal⁶¹, es necesario comprobar la culpabilidad, para tener certeza de que existe el delito.

Sin embargo, la sola imposición de la Prisión preventiva por la gravedad del delito y no por el análisis de criterios que con lleven a la necesidad de la misma, ha sido una forma de vulnerar determinados derechos de quienes están siendo acusados de un delito, dentro de ellos la presunción de inocencia.

Finalmente cabe destacar que la presunción de inocencia, no será respetada, cuando se esté ante una situación en donde se haya emitido sentencia condenatoria y esta misma ya haya sido ejecutoriada. De lo contrario la omisión al respeto de este derecho fundamental será violatorio del proceso, una vez analizado la presunción de inocencia, es necesario analizar el derecho a la libertad, como uno de los Derechos Humanos más afectados, tras la imposición de medidas coercitivas como lo es la privación de la misma ya sea como prisión preventiva o como pena.

1.5.1.- Derecho a la libertad personal.

La libertad es un Derecho Humano connatural a la persona, a través del cual le permite la posibilidad de desplazarse de un lugar a otro, desde un punto de vista físico, en opinión de García Morillo, se define como un derecho constitucionalmente consagrado de disponer de la propia persona y de determinar la propia voluntad y actuar de acuerdo a ella, sin que nadie pueda impedirlo siempre que no exista prohibición constitucionalmente legítima⁶² por su parte el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito, la considera un derecho del hombre a no ser privado de su libertad física salvo por las causas y condiciones estipuladas por las Constituciones Políticas o por leyes dictadas conforme a ellas⁶³. Las

⁶¹ Es el hecho que la ley señala como delito, conformado por tres elementos: acción, tipicidad y antijuricidad. Ontiveros Alonso, Op. Cit. p, 48.

⁶² García Morillo, Joaquín, *El derecho a la libertad personal: detención, privación y restricción de la libertad*, España, Tiran lo Blanch, 1995, p.45.

⁶³ Tesis: I.9o.P. J/4 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVI, enero de 2013, Tomo 3, p. 1755.

consideraciones anteriores permiten cuestionarnos en torno a la arbitrariedad que ejerce la Constitución, tras la implementación de la restricción de la libertad de manera oficiosa ante la presencia de supuestos delitos, pero por el momento no es precisamente lo que se quiere examinar.

Mediante este derecho se protege a las personas de detenciones arbitrarias que pudieran restringir su autonomía física, encontramos su fundamento jurídico en el artículo 16⁶⁴, 17⁶⁵, 18⁶⁶, y 19⁶⁷ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la regulación de este derecho se centra en el reconocimiento de derechos y garantías, por un lado garantizar la autonomía física de las personas y por el otro poner un límite en el actuar de los poderes públicos para poder privar de la libertad a las personas.

Su reconocimiento a nivel internacional, lo fundamentamos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 1,3, 9,11; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 9.1, 9.2, 9.3; en la Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo 5.2, 5.4, 5.6 y artículo 7, atento a lo anterior, se puede observar la protección de este derecho, ante actos arbitrarios de autoridades por el ámbito internacional.

Así, este derecho prevé una serie de garantías reconocidos a nivel nacional e internacional; derecho a no ser privada de la libertad salvo en las condiciones previamente fijadas en las disposiciones constitucionales, derecho a no ser víctima de detenciones arbitrarias, es decir que ante circunstancias en donde se tenga admisible la privación de la libertad se realice bajo las condiciones y bajo el respeto de los Derechos Fundamentales de las personas que están siendo detenidas; del

⁶⁴ **Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:** *“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...”*

⁶⁵ **Artículo 17 de la CPEUM:** *Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil”.*

⁶⁶ **Artículo 18 de la CPEUM:** *“Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva”.*

⁶⁷ **Artículo 19 de la CPEUM:** *“Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará...”*

mismo modo será informada de las razones de su detención, derecho de ser juzgado dentro del plazo razonable o de inmediato ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.

Este derecho es considerado junto con los derechos a la vida y la integridad personal, derechos esenciales de las personas, de su ejercicio dependen otros derechos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, explica que la privación de la libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible la afectación del goce otros derechos, por lo cual toda restricción de un Derecho Humano solo es justificable, ante el Derecho Internacional, cuando es necesaria en una sociedad democrática⁶⁸. Por tanto, debe de entenderse que dicha libertad debe de limitarse en beneficio del orden y de la paz social⁶⁹. En este tenor debemos de entender que el hombre no puede ejercer su libertad de manera absoluta, tendrá ciertas limitantes que el mismo Estado impondrá para poder garantizar la convivencia y el orden público, dentro de una sociedad. Dentro de las finalidades es asegurar los derechos de los demás y satisfacer las exigencias del bienestar de una sociedad democrática.

No obstante, esta restricción debe de sujetarse a principios de: proporcionalidad, necesidad, idoneidad, como estudiaremos en el segundo capítulo de esta investigación. Pero ¿Cuáles son las restricciones a la libertad que prevé nuestro ordenamiento jurídico?, son las siguientes⁷⁰:

1. Aprehensión.
2. Detención.
3. Que la persona sea detenida en flagrancia.
4. En casos urgentes.

⁶⁸ Suprema Corte de la Justicia de la Nación, Op. Cit. p.25.

⁶⁹ **Artículo XXVIII Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.** “*Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.*”

⁷⁰ Suprema Corte de la Justicia de la Nación, Op. Cit. pp. 38-45.

5. Prisión preventiva.

En esta investigación, está basada en la última restricción de la libertad que contempla esta lista, por lo cual en el capítulo tercero se analizara, sus problemas al no ser impuesta conforme a la finalidad de las medidas cautelares. Toda privación de la libertad debe de reunir dos requisitos, contar con fundamentación legal o normativa y no ser arbitraria. Porque si una persona se encuentra privada de su libertad cumpliendo ambos requisitos, debe velarse por la integridad de esas personas.

El derecho a la integridad ha sido definido por la Suprema Corte de la Justicia como, el derecho que toda persona tiene a que se le asegure un trato acorde con su un trato acorde a su propia dignidad y a que se salvaguarde su estado físico, psíquico y moral⁷¹. Por lo que en la realidad se torna un aspecto difícil de cumplir por parte de las autoridades, debido a que a pesar de que las personas que se encuentren reclusas por prisión preventiva o ejecutando una pena, se encuentran en condiciones distintas, tal y como lo dispone el artículo 18 Constitucional, la realidad es que materialmente estas condiciones son similares, las oportunidades de educación, salud, capacitación y trabajo, son sumamente lamentables debido al aumento de las personas privadas de su en los centros de reinversión social.

1.5.2.- Limitación al Derecho a la libertad personal.

El derecho a la libertad personal garantiza a las personas la posibilidad de desplazarse desde un punto de vista físico, sin embargo, este suele ser limitado cuando cumple con los requisitos para la restricción de este Derecho Fundamental.

Una de las principales limitantes a este derecho es precisamente cuando se realiza en beneficio del orden y paz social, tal y como lo dispone el artículo XVIII de

⁷¹ Ibídem, p. 89.

la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,⁷² es de esta forma que el ejercicio de la libertad individual dentro de un núcleo social, conduce al establecimiento, por parte del Estado, de límites y restricciones que van a tener como fin, el respeto de los derechos de terceros en pro de una convivencia armónica. La limitación de este Derecho Fundamental, no únicamente debe de ser atendido bajo el principio de **legalidad**, debido a que no basta que este establecido en una norma, se requiere de la interpretación de otros principios que permitan verificar la necesidad a la restricción de este derecho.

Estas son algunas consideraciones del debido proceso penal, a continuación, nos enfocaremos al estudio de las medidas cautelares, debido que, a través de la correcta solicitud de esta, en específico de la prisión preventiva, se puede contrarrestar el aumento excesivo de personas privadas de su libertad en el trascurso de un trámite procesal, que determinara la existencia o no de un delito.

⁷² **Artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:** “Los Derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

CAPÍTULO 2

MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL

“El Estado de derecho debe de proteger al Individuo, no solo mediante el derecho penal; si no también del derecho penal”

Claus Roxin.

Para comenzar este capítulo, es necesario mencionar que las medidas cautelares han evolucionado a lo largo del tiempo, adquiriendo gran importancia en el Sistema de Justicia Penal, tras la reforma de junio de 2008 y posteriormente a la reforma de 2011, en materia de Derechos Humanos; reformas que tienen como finalidad la impartición de una justicia penal *Democrática garantista*.

Para lo cual en el siguiente capítulo abordaremos su evolución en el paso del tiempo, concepto, características, presupuestos y finalidades, reservándonos a estudiar a más lesiva de todas “la prisión preventiva”, en el último capítulo.

2.1.- Evolución de las Medidas Cautelares.

Se establecieron reglas específicas sobre las medidas cautelares en materia penal, desde antes de la primera Constitución Política de 1824, con influencia notoriamente española y estadounidense, después sustituida por la Constitución de 1857, y posteriormente la de 1917⁷³ con la última reforma en materia penal de 2008, dando paso durante la vigencia de las tres constituciones, a disposiciones normativas que abarcan el origen y desarrollo de las medidas cautelares, lo que permitirá comprenderlas desde su origen como sistema inquisitivo mixto y su transición al sistema acusatorio, a continuación se analizara de forma genérica,

⁷³ Embris Vásquez, José Luis, *Medidas cautelares su transición al sistema acusatorio adversarial y oral en México*, Editorial Porrúa, México, 2013, Pg. 6.

algunos cuerpos normativos que completaron el origen y desarrollo de las medidas cautelares⁷⁴:

1. Derecho Romano.
2. Las Siete Partidas.
3. La Constitución de Cádiz de 1812.
4. La Constitución de 1824.
5. Las Siete Leyes Constitucionales.
6. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857.
7. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 y su reforma de 2008.

En el **derecho Romano**, se dieron los principales indicios de las medidas cautelares, si bien no eran conocidas como su figura actual, lo cierto es que se contaba con actos similares, la prisión se establecía para custodiar a los procesados hasta el dictado de la sentencia; esta figura existió previamente a la prisión como pena en sentido estricto. Y es que como bien es de saber el derecho romano ha sido la fuente de origen del Derecho.

Al paso del tiempo, el Derecho Romano del Imperio tuvo las siguientes tres formas de prisión preventiva: *in carcelum*, donde el indiciado de delito grave se enviaba a la cárcel pública; *militi traditio*, la libertad del indiciado era responsabilidad de un militar; y *custodia libera*, donde el indiciado estaba en custodia de un particular, quien daba una fianza por él⁷⁵, tal y como se ha planteado en este párrafo los romanos distinguían a los delitos públicos (*crimina*), como delitos que afectaban el orden social y la paz pública, eran castigados con penas públicas y perseguidos por oficio, los delitos privados por lo contrario, se castigaba con una multa privada

⁷⁴ Ibidem, p. 7.

⁷⁵ Jiménez Ojeda Omar David, (2017). *El impacto de las medidas cautelares en el proceso penal* (tesis doctoral) Instituto de Investigaciones Jurídicas UNACH, Chiapas.

a favor de la víctima, en donde se perseguía por petición del interesado -figura muy similar a la de la actualidad-.

Posteriormente se dio origen a las **Leyes de Siete Partidas**, de la cual la última partida precisaba las normas referentes al Derecho Penal y procesal penal.⁷⁶ El tormento buscaba favorecer el fin del proceso a través de la confesión, para la obtención de la búsqueda de la verdad, por lo que se necesitaba privar de la libertad a las personas para la obtención de las pruebas, para decretar la culpabilidad o inocencia y así asegurar la ejecución de la pena. Comenzando de esta forma a darse la figura de la prisión preventiva, pero en ningún momento se consideraba los derechos que pudieran tener las personas que estaban siendo señaladas como probables responsables de un delito, sus derechos eran violentados durante todo el proceso, eran personas culpables y lo que se buscaba era demostrar su inocencia.

Tras la promulgación de la **Constitución de Cádiz de 1812**⁷⁷, Cabe destacarse que se realizaron distintas reformas en materia de derecho penal en donde se logró abolir los tormentos en las cárceles y castigos crueles como los azotes; se da una regulación más detallada para las medidas cautelares personales y reales: reguladas por la justicia penal, las figuras de medidas cautelares que se dieron en ese entonces lo fueron: la detención por orden judicial y en flagrante delito, la prisión preventiva, el embargo precautorio y libertad provisional bajo caución.

El reconocimiento de las medidas cautelares en la **Constitución de 1824**, fue muy deficiente⁷⁸, la constitución tenía muchas carencias en todos los sentidos.

En la **Constitución de 1857**, los derechos del hombre son la base y el objeto de instituciones sociales, sin embargo, a pesar de que el artículo 20 establecía que las personas sujetas a un proceso penal, debían llevar previamente un juicio criminal, las prácticas llevadas a cabo, eran verdaderamente inquisitoriales, dejándolos frente a actos arbitrarios por parte de las autoridades.

⁷⁶ Embris Vásquez, José Luis, Op. Cit., Pg. 11.

⁷⁷ Ibidem, p. 27.

⁷⁸ Ibidem, p. 31.

Por lo consiguiente el artículo 18 de la constitución de 1857, a letra dice:

“Solo habrá lugar a la prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en el que aparezca que el acusado no se le puede imponer tal pena se pondrá en libertad bajo de fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios o de cualquiera otra ministración de dinero”⁷⁹.

De esta manera elevando a rango constitucional garantías individuales en materia penal, dando paso al reconocimiento de derechos de las personas que se encontraban inmersas en un proceso criminal, las medidas cautelares que son implementadas lo fueron: la prisión preventiva y la libertad provisional bajo caución.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917, ordenamiento jurídico que actualmente nos rige, da una vital importancia a la protección de los Derechos Fundamentales como la igualdad penal, seguridad jurídica penal y la libertad en materia penal frente al Estado y el Derecho Penal⁸⁰. Ante tal ordenamiento jurídico, es necesario diferenciar las dos etapas entorno al Sistema de Justicia Penal; la primera de ellas desde su promulgación en febrero de 1917 hasta la reforma de junio de 2008 y una segunda posterior a la reforma en donde México deja atrás la justicia inquisitiva- mixta para adoptar un nuevo modelo de justicia acusatorio y oral.

Derivado de los múltiples problemas durante décadas, bajo el modelo de una justicia inquisitiva; en donde jueces no se encontraban presentes durante el

⁷⁹ Véase Constitución Política de los Estados Unidos de 1857, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p.4, disponible en página web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/legislacion/federal/historicos/1857.pdf>. Consultada en junio 2018.

⁸⁰López Betancourt, Eduardo, *La Constitución y el Derecho Penal*, Revista de la Facultad de Derecho de México Tomo LXVII, Número 267, enero-abril 2017, Pg. 220.

desarrollo de las audiencias, en donde se daba paso a confesiones forzadas, maltrato, tortura entre otros actos que violaban el debido proceso de las partes, y la falta de implementación de los principios que ahora son pilares del sistema acusatorio, fueron los acontecimientos que llevaron a este cambio de paradigma en el que actualmente se encuentra México; es en este momento en donde verdaderamente se logra una implementación de las medidas cautelares ampliando alternativas ante la prisión preventiva.

En este orden de ideas, una vez que se ha analizado en los párrafos anteriores la evolución de las medidas cautelares, es necesario entrar al estudio de su concepto.

2.2.- ¿Qué son las medidas cautelares?

Debemos partir mencionando que han sido denominadas en el transcurso de los años de diversas maneras, mismos conceptos que coinciden en su finalidad, pero pueden ser distintas en su imposición y autorización⁸¹. Uno de los precursores, Piero Calamandrei, las denomino providencias cautelares y las define como la anticipación provisora de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminado a prevenir el daño que se podría derivar del resultado de la misma⁸². No obstante, las definiciones de este jurista se enfocan al ámbito civil, por lo que en los siguientes párrafos se otorgara definiciones de las medidas cautelares con miras al derecho penal, recordando que existe una enorme codependencia entre las medidas

⁸¹Dentro de los conceptos que la distinguen, se habla de medidas cautelares, proveimientos cautelares, providencia cautelar o precautorias, medidas de conservación o cautelares y medidas provisionales de cautela, medidas preventivas o de seguridad. Sin embargo, son distintas en cuanto a su autorización e imposición, es decir, las medidas cautelares son autorizadas exclusivamente por el juez y debe de imponerse una vez formulada la vinculación a proceso; por lo contrario, las providencias precautorias, la puede autorizar el juez, el ministerio público o inclusive ejecutarlas inicialmente un elemento policiaco (ejem. detención), estas medidas deben de ser impuesta antes de la formulación de la imputación. Embris Vásquez, José L., *Medidas Cautelares y su transmisión al sistema acusatorio adversarial y oral en México*, 2da edición, México, Porrúa, 2013, p. 144.

⁸² Citado por Embris Vásquez, José L. Op. Cit. p. 129.

cautelares y el derecho penal, siendo que las primeras no pueden existir sin el derecho penal y este no puede cumplir los fines del derecho penal sin las medidas cautelares, tienen como *“objetivo el cumplimiento o la ejecución de una hipotética y futura sentencia”*.⁸³ Se asegura el cumplimiento de esta hipotética sentencia, mediante la comparecencia del imputado durante el proceso, evitar obstaculizaciones en la investigación, así como la protección de la víctima u ofendidos y de la misma sociedad.

El Diccionario de la Real Academia Española⁸⁴ divide este concepto y define como medida aquella *“que se adopta para preservar el bien litigioso o para prevenir en favor del actor la eficacia final de la sentencia”* y como cautelar aquella que va *“destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo”*. Se puede afirmar que las dos expresiones que se han definido anteriormente, al ser trasladadas a un lenguaje jurídico, tienen un significado propio, por lo que se analizara algunas aportaciones de destacados juristas que se han dedicado al estudio de las mismas.

En opinión de Fix Zamudio y Ovalle Fabela, puede definirse como los *“instrumentos que puede decretar el juzgador a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad con motivo de la tramitación del proceso”*⁸⁵. Creándose de este modo las bases para la construcción de una institución procedimental, dirigida a la restricción de ciertas actividades o derechos de las personas que están sujetas a un proceso en su calidad de imputados.

En el ámbito jurisprudencial, son considerados mecanismos autorizados por la ley para garantizar todo derecho con probabilidad de insatisfacción, mediante la salvaguarda de una situación de hecho, el apartamiento de bienes, cosas o

⁸³ Natarén Nandayapa, Carlos y Ramírez Saavedra, Beatriz Eugenia, *Aspectos relevantes de litigación oral en el nuevo proceso penal acusatorio*, México, UBIJUS, 2008, p. 59.

⁸⁴ Diccionario de la Lengua Española publicado por la Real Academia Española (2017).

⁸⁵ Fix Zamudio, Héctor y Ovalle Fabela, José, *Derecho Procesal*, México, UNAM, 1991, p. 72.

personas para garantizar la eventual realización de la sentencia.⁸⁶ En los últimos años, tras la reforma constitucional en materia penal, mucho se ha debatido en torno a las medidas cautelares y su importancia en el proceso, uno de sus principales objetivos al implementarla al Sistema de Justicia Penal, fue reducir la sobrepoblación en las cárceles, y un mayor control en la protección de los Derechos Fundamentales de las personas que son partes de un proceso penal. Situación que hasta nuestros días ha tenido ciertas complicaciones; debido a que en ocasiones resulta difícil la selección de medidas cautelares, que se adecuen a cada caso concreto; es decir, que cumpla con la finalidad de protección a la víctima u ofendido del delito e incluso a la misma sociedad, a la par de la obligación del Estado de proteger el interés colectivo de la sociedad a través del respeto de los Derechos fundamentales del imputado.

Por otra parte, la Constitución Política de los Estados Unidos en su artículo 19, párrafo 2do, establece, *“el Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”*. Por su parte, el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 153, define a las medidas cautelares, como *“aquellas que serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable, para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido y del testigo o evitar la obstaculización del procedimiento”*. El órgano jurisdiccional va dictar estas medidas, una vez que se actualicen los presupuestos exigidos por la ley.

En este tenor, es necesario tener en cuenta que, en el desarrollo del proceso

⁸⁶ Tesis: I.4o.C.4 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, agosto de 2016, Tomo IV, p. 2653.

penal, podemos adoptar medidas cautelares personales y reales o patrimoniales, que recaen sobre el imputado o algún patrimonio del mismo. En esta investigación se tiene por objeto estudiar a las medidas personales, enfocándonos a la más gravosa de todas: la prisión preventiva, misma que se abordara en el siguiente capítulo, porque requiere de un estudio de las reglas que impone el Estado de Derecho, para limitar un derecho fundamental como lo es la libertad.

Por ende, las medidas cautelares son una institución procedimental, que ayuda a cumplir los objetivos planteados durante un proceso penal, es decir, a través de la autorización de un juez de control, se establecen medidas cautelares personales o patrimoniales que van dirigidas al imputado, una vez que se ha formulado imputación, atendiendo en todo momento las siguientes finalidades: la presencia del imputado durante el desarrollo del proceso, evitar que este mismo pueda obstaculizar la investigación, preservar los datos de prueba y proteger a la víctima u ofendido y a la misma sociedad, de modo que cuando se emita una sentencia definitiva, que ya haya sido ejecutoriada, pueda garantizarse el cumplimiento de la misma.

2.2.1.- Medidas cautelares personales.

A juicio de Asencio Mellado, se definen como aquellas “*resoluciones judiciales, mediante las cuales, y en el curso de un proceso penal se limita un derecho fundamental del imputado, con la finalidad de la celebración de un juicio oral y eventualmente la sentencia que en su día se pronuncie*”⁸⁷. Las cautelares personales, como su nombre mismo lo indica, recae sobre la misma persona, esto a consecuencia que el tiempo que transcurre, desde momento de la formulación de la imputación, hasta la etapa de juicio oral en donde se emita una sentencia condenatoria o absolutoria, es un tiempo bastante largo, lo que permite que pueda darse a la fuga o incluso realizar actos que pudieran afectar el desarrollo de la

⁸⁷ Asencio Mellado, José María, *Derecho Procesal del Derecho Penal*, Valencia, 3ra edición, Tirant lo Blanch, 2004, p. 192.

investigación (es por esta razón que existen medidas cautelares restrictivas de la libertad), sin embargo, esta restricción a la libertad, no debe de ser basada conforme a la gravedad del delito, sino mediante el análisis de cada caso en particular en donde se evalué la necesidad de las mismas.

El Derecho Fundamental que se restringe ante las medidas cautelares personales, es el derecho a la libertad personal, por lo que más adelante se analizará los presupuestos que se requieren para hacer valida esta restricción. No obstante, restringir la libertad a una persona, no es el único derecho que se ve limitado, por lo que debe de verificarse que todos aquellos derechos que tienden a ser restrictivos cumplan con requisitos y finalidades cautelares.

De modo que el Juez de control, debe de asegurarse que la medida cautelar a imponer, no es arbitraria; y para que no recaigan en esta arbitrariedad, debe de emplearse el principio de *mínima intervención*, “*el cual limita la intervención del Estado, y constituye, al menos en teoría, el fundamento de los ordenamientos jurídicos penales de los Estados que adopten un modelo democrático y social de derecho*”⁸⁸. A través de este principio se busca que el derecho penal, sea la *ultima ratio*⁸⁹ de la autoridad para la protección de bienes jurídicos, en otras palabras, el derecho penal debe de reducirse a una mínima intervención, siempre y cuando exista otra manera de preservar los principios que sustentan un verdadero Estado Democrático de Derecho, debido que se busca el mayor bien social con menos costo social⁹⁰, esto se analizara cuando entremos al estudio de la prisión preventiva.

⁸⁸ González Campos, Raúl, *La teoría del bien jurídico en el Derecho Penal*, México, OXFORD, 2001, p.95.

⁸⁹ Significa que cuando el conflicto pueda ser solucionado, mediante medidas menos drásticas que las sanciones penales, se resuelva por ese medio.

⁹⁰ El fundamento legal respecto al Estado Democrático de Derecho, lo encontramos en el artículo 25, párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra nos dice; “**Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución[...]**”, situación que garantiza que el Derecho está al servicio del cuidado, haciéndose extensiva al derecho penal, se logra inferir que también es social, al actuar como sistema protector de bienes

Las consideraciones anteriores, permiten que se analicen las características de las medidas cautelares.

2.3.- Características de las medidas cautelares.

Las medidas cautelares deben de tener como objeto principal, servir al proceso, teniendo una codependencia unas de otras, la unión de todas en su conjunto le da el carácter procesal que las caracteriza, si se llegara a exentar alguna de ellas, se pierde la naturaleza cautelar. Por lo cual en los siguientes párrafos se describirán a las principales características que toda medida cautelar en proceso penal debe de verificar: instrumentalidad, proporcionalidad, provisionalidad y temporalidad, jurisdiccionalidad, motivación.

2.3.1.- Instrumentalidad.

El profesor Calamandrei consideraba que las medidas cautelares son instrumentos del instrumento⁹¹, debido a que como se ha venido definiendo desde el inicio de este capítulo, las medidas cautelares son un instrumento que permiten ayudar al proceso penal, al cumplimiento de su finalidad y precisamente cuando nos referimos al proceso, hablamos de esta parte adjetiva del Sistema de Justicia Penal, que va determinar, ¿Si existe o no existe un delito? por lo cual, las medidas cautelares impuestas durante este lapso, son precisamente un instrumento que va a garantizar el funcionamiento del proceso, en el entender que este es el instrumento mayor que va a preservar el proceso y su resultado.

fundamentales para la sociedad, recordando que el derecho penal, protege los bienes jurídicos más importantes como lo es la vida. Sánchez Francisco, Julio Roberto, *El principio de intervención mínima en el Estado mexicano*, México, Revista Del Instituto de la Judicatura Federal, No. 23, 2007, p. 277.

⁹¹ Calamandrei, Piero, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, ARA Editores, Lima, 2005, p. 44.

La instrumentalidad permite ver, precisamente, a las medidas cautelares como aquel instrumento que existirá mientras exista un proceso principal pendiente por resolver, funciona de forma subordinada ante el proceso, porque presupone el aseguramiento del mismo, extinguiéndose cuando el proceso penal haya concluido. En este sentido, las medidas cautelares son un instrumento al servicio de la sentencia definitiva⁹². Tomando en cuenta que en ningún momento mediante esta característica debe de pensarse como una pena anticipada.

Así, esta característica va ser vista como un medio y no como un fin, en donde se verificará que se cumplan los presupuestos de las medidas cautelares, en específico el *periculum in mora*, en donde se actualizan riesgos para las actuaciones procesales, no olvidado la finalidad que tiene esta característica, debido a que si se sobrepasan estos fines, *“no solo va a carecer de una característica fundamental con relación a su naturaleza cautelar, si no también, se va considerar que existe un serio perjuicio en función de la proporcionalidad de la limitación del derecho a la libertad en el caso concreto”*⁹³. *“La característica de instrumentalidad constituye un dato fundamental que debe de contemplar el análisis de cualquier medida cautelar en el análisis de su legitimidad constitucional”*⁹⁴. Por lo cual ante el estudio de estas dos características fundamentales que toda medida cautelar personal debe de cumplir, la instrumentalidad y la proporcionalidad, constituyen un aspecto de suma importancia, para el análisis de los presupuestos de las medidas cautelares, tomando en cuenta el carácter instrumental y si los fines y presupuestos que persiguen respetan su característica de proporcional para la adopción de las mismas.

2.3.2.- Proporcionalidad.

Por otra parte, y en este orden de ideas, cabe distinguir la estrecha relación de la anterior característica con la proporcionalidad. Antes de hablar respecto a su

⁹² Chacón Rojas, Oswaldo y Natarén Nandayapa, Carlos F., Op. Cit; p. 21.

⁹³ Del Rio Labarthe, Gonzalo, *Las Medidas Cautelares del Proceso Penal Peruano*, Perú, Universidad de Alicante, 2016, p. 27.

⁹⁴ *Ibidem*, p.28.

papel en el sistema de justicia penal, es necesario tener en cuenta que ha sido uno de los conceptos mayor estudiado en los últimos años e implementado en la Jurisprudencia Constitucional. Recordando que los ordenamientos jurídicos no se componen únicamente por normas jurídicas, sino también por principios y la proporcionalidad junto con la ponderación son parte de estos principios.

A juicio de Robert Alexy, menciona que existe dos posiciones básicas enfrentadas, respecto a la relación de los Derechos Fundamentales y la proporcionalidad *“la tesis que afirma la existencia de algún tipo de conexión necesaria entre ambos la denomina –tesis de necesidad- y la tesis que sostiene, por lo contrario, la no existencia de una conexión –tesis de contingencia-”*⁹⁵ respecto a la segunda tesis, van a depender del derecho positivo, este jurista defendía la necesidad de la conexión entre Derechos Fundamentales y el principio de proporcionalidad⁹⁶.

En opinión de Carlos Bernal, *“el principio de proporcionalidad se ha aplicado en la jurisprudencia constitucional como criterio estructural para la determinación del contenido de los Derechos Fundamentales”*⁹⁷ No podemos hablar de este principio sin antes mencionar que Robert Alexy y Carlos Bernal Pulido, quienes han dedicado al estudio de esta temática, coinciden que, para poder estudiar a la proporcionalidad, se tiene que realizar con base a sus tres subcategorías, mismas que desarrollaremos más adelante.

- a) La idoneidad.
- b) La necesidad.

⁹⁵ Robert, Alexy, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 91, enero-abril 2011, p 11.

⁹⁶ *“Desde 1995 el Tribunal Constitucional se ha inclinado por utilizar la ponderación y el principio de proporcionalidad como criterios estructurales, para determinar el contenido de los derechos fundamentales”*. Bernal Pulido, Carlos. *Los derechos fundamentales y la teoría de los principios: ¿es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española?*, Universidad de Alicante, Doxa. N. 30 (2007). ISSN 0214-8876, p. 276.

⁹⁷ *Ibidem*, p.277.

c) La proporcionalidad en sentido estricto.

Retomando de nuevo la idea que se venía desarrollando la proporcionalidad constituye un mecanismo de trascendental importancia ante la imposición de una medida cautelar, debido a que en ella opera los conflictos de intereses entre eficacia del *ius ponendi* del Estado y el interés público de respetar el derecho a la presunción de inocencia; a través de esta que se pretende controlar todo acto de los poderes públicos que pretenda lesionar Derechos Fundamentales.

De lo contrario, la asignación de una medida cautelar desproporcionada no únicamente afectara al principio de proporcionalidad como tal, sino principalmente el Derecho Fundamental comprometido en la referida medida⁹⁸ con ello obliga a un juicio de interés público de proteger cuál de los derechos es el más afectado, determinando la lesión de un bien jurídico para la satisfacción de un interés colectivo.

Pero hablar de **ponderación** no ha sido algo fácil, muchos debates se han creado en torno a ello, el Jurista Carlos Bernal Pulido, nos realiza una exhaustiva explicación de la Ponderación. Donde deja en claro su punto de vista de manera teórica y práctica de la aplicación de este método, en las decisiones judiciales, sin sacrificar certeza y generalidad del derecho; considera que el Juzgador, que le toca conocer determinado asunto, deberá verificar exhaustivamente, las condiciones de cada caso en particular, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Bernal Pulido define a la ponderación, como *“la actividad consistente en sopesar dos derechos que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor a las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso”*⁹⁹, es decir, los principios tienen un peso en cada caso concreto y ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión.

⁹⁸ Del Rio Labarthe, Gonzalo, Las Medidas Cautelares del Proceso Penal Peruano, Op. Cit., p. 14.

⁹⁹ Bernal Pulido, Carlos, *La ponderación como procedimiento para interpretar los Derechos Fundamentales*, Op. Cit. p.93

A través de la ponderación, se resolverán las colisiones que se presenten ante determinados Derechos Fundamentales, es decir, consiste en sopesar o pesar los principios que concurren a cada caso en concreto. Para Ronald Dworkin, los *“principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso, los principios tienen un peso en cada caso concreto y ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión”*¹⁰⁰. Dworkin en mundo anglosajón y Robert Alexy en el mundo germánico, reconocen que la existencia de los principios implica a su vez el reconocimiento de una nueva forma de aplicar el derecho, a través de la ponderación.

Respecto a la estructura de la ponderación ha sido Robert Alexy, quien con mayor precisión lo ha expuesto, de acuerdo este jurista, para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios de colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos la ley de la ponderación, fórmula de peso y las cargas argumentativas¹⁰¹. Retomando el tema respecto a la proporcionalidad, tal y como se ha escrito en párrafos anteriores, exige el análisis de tres características en específico, para la limitación de algún Derecho Fundamental. En este sentido y como se ha venido considerando con los autores anteriores en comentario se analiza a la ponderación en este sentido.



Imagen 4: Elaboración propia con base en el Análisis de la ponderación de acuerdo a Robert Alexy y Carlos Bernal.

¹⁰⁰ Dworkin, Ronald, ¿Es el derecho un sistema de normas?, México, La filosofía del derecho, FCE, 1980, P. 84.

¹⁰¹ El primer elemento, la ley de la ponderación determina que cuando **“mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”**. Consultar, Bernal Pulido, Carlos, *La ponderación como procedimiento para interpretar los Derechos Fundamentales*, Tiran lo Blanch, 2013, pp. 91-109.

2.3.2.1.- La idoneidad.

Se considera una medida idónea, cuando el medio empleado para la restricción de un Derecho Fundamental es el apropiado para la obtención del fin legítimo del que persigue el Estado; esta finalidad debe de estar permitida constitucionalmente, si no se encuentra en la Constitución, podemos estar ante un fin ilegítimo¹⁰². Por lo cual, si las medidas cautelares no son impuestas bajo esta finalidad, debe de catalogarse como una medida inidónea, por el hecho de que vulneran el principio de presunción de inocencia.

Un ejemplo de una medida inidónea, es cuando la medida cautelar se impone con fines de anticipación punitiva o con el propósito de evitar una alarma social, dejando a un lado las finalidades que se persiguen, y prestando mayor atención a la gravedad del delito. La idoneidad debe de ser entendida como aquella particularidad de las medidas en concreto de ajustarse al fin que se pretende cumplir con la imposición de las mismas, “justificándose así la búsqueda estatal de preservar el orden social”¹⁰³.

La instrumentalidad, una de las principales características de las medidas cautelares, misma que ya hemos hablado en el apartado 2.2.1, tiene una estrecha relación con la idoneidad, ambas persiguen la constitución de un fin legítimo, es decir nadie puede ser privado del derecho a la libertad, por ejemplo, vulnerando otros Derechos Fundamentales, porque existiría una falta de proporcionalidad respecto a la medida impuesta. Por ende, no resultaría admisible una medida restrictiva a la libertad personal que no se adecue para cumplir la finalidad, que como se ha mencionado debe de ser constitucionalmente legítima y socialmente necesaria¹⁰⁴. Siguiendo este orden, es momento de hablar de la necesidad como segundo requisito de la proporcionalidad.

¹⁰² Del Rio Labarthe, Gonzalo, Las Medidas Cautelares del Proceso Penal Peruano, Op. Cit. p.15.

¹⁰³ Embris Vásquez, José L. Op. Cit. p. 169.

¹⁰⁴ Suprema Corte de la Justicia de la Nación, *Derecho a la Libertad personal*, México, SCJN, 2017, serie de Derechos Humanos, núm. 2, p. 37.

2.3.2.1.- La necesidad.

Ante este sub-principio debemos partir, mencionando que en la actualidad contamos con trece medidas cautelares alternas a la prisión preventiva¹⁰⁵, lo cual obliga al juzgador analizar cuál es la más necesaria al caso concreto, se requiere que se analicen todas en conjunto de manera plural y no en singular como se ha venido haciendo ante algunas circunstancias. En consecuencia, el Juez está obligado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientes aptas para el fin perseguido y a elegir finalmente, aquella que sea menos lesiva para los derechos del imputado¹⁰⁶. Desde esta perspectiva y existiendo todo un conjunto de medidas capaces de cumplir con el objetivo, entonces está obligada en imponer aquella que tenga una menor afectación a su esfera de derechos. Se busca aplicar la menos lesiva de acuerdo al caso específico.

Este principio también es denominado como “*intervención mínima, exigibilidad, subsidiaridad o alternativa menos gravosa*”¹⁰⁷. De modo que el catálogo de medidas cautelares personales, debe de ser aplicada atendiendo el objetivo que se plantea en el caso concreto, imponiendo aquella que al cumplir dicho objetivo, sea la menos gravosa, la prisión preventiva al ser una medida cautelar de alto impacto, para otros Derechos Fundamentales de los procesados, debe de entenderse con su naturaleza de excepcional, para aquellas circunstancias que sean estrictamente necesarias y no aplicarlas por el impacto que pudiera generar el probable hecho

¹⁰⁵ Artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales. **1. Presentación periódica ante el Juez, 2. Garantía económica, 3. Embargo de bienes, 4. Inmovilización de cuentas, 5. La prohibición de salir del País, 6. Sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona, 7. La prohibición de acercarse a determinados lugares, 8. La prohibición de acercarse a determinadas personas, 9. La separación inmediata del domicilio, 10. La suspensión temporal del ejercicio de un cargo(servidores públicos), 11. La suspensión temporal de determinada actividad, 12. La colocación de localizadores electrónicos, 13. Resguardo en su propio domicilio, 14. Prisión preventiva.**

¹⁰⁶ Banacloche Palao, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 217.

¹⁰⁷ Del Rio Labarthe, Gonzalo, *Las Medidas Cautelares del Proceso Penal Peruano*, Op. Cit., p. 14.

delictivo.

2.3.2.3.- La proporcionalidad en sentido estricto.

Una vez que se actualizado la idoneidad y la necesidad de la medida cautelar, es turno del ultimo sub-principio que integra esta característica: la proporcionalidad en sentido estricto (prohibición del exceso), exige que el grado de la limitación de un Derecho Fundamental debe ser proporcional con el fin constitucional que se pretende alcanzar.

La proporcionalidad en sentido estricto¹⁰⁸, exige llevar a cabo una ponderación entre la gravedad e intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte y el peso de las razones que la justifican,¹⁰⁹ es decir es a través del juicio ponderativo que se realiza se determinara la razonabilidad y equilibrio de la decisión.

Antes de la imposición de la medida cautelar correspondiente, se torna necesario ponderar la presunción de inocencia del imputado, con la protección de los bienes jurídicos que tutela el proceso penal¹¹⁰. De modo que la proporcionalidad desde la idoneidad (primer elemento para actualizar la proporcionalidad), implica límites para el legislador y para quienes han de aplicar la ley.

Es de esta forma que la proporcionalidad de las medidas cautelares, encuentra su justificación, cuando reúnen los tres elementos expuestos anteriormente: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, en cada una se deberían analizar las condiciones humanas del imputado, en este sentido la

¹⁰⁸ Los tres aspectos constituyen a la proporcionalidad en sentido estricto. **“En primer plano, Implica la consideración ineludible de la gravedad de la consecuencia penal a esperar, en un segundo plano las circunstancias de comisión del hecho atribuido o del delito de que se trata, y en un tercer aspecto, lo relativo a las condiciones personales del imputado, que tiene que ver con su posibilidad de evadir la acción de la justicia, así como el riesgo que representa para la víctima o sociedad”**. Embris Vásquez, José L. Op. Cit. p. 169.

¹⁰⁹ Del Rio Labarthe, Gonzalo, *Las Medidas Cautelares del Proceso Penal Peruano*, Op. Cit.; p. 19

¹¹⁰ Chacón Rojas, Oswaldo y Natarén Nandayapa, Carlos F., *Las medidas cautelares en el proceso penal acusatorio*, México, Secretaria Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, 2011, p. 17.

Autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso (en adelante UMECA), tiene como función dar seguimiento a la medidas cautelares, a través de la información que le proporcione a las partes, sobre la evolución de riesgo que podría presentar el imputado, durante el desarrollo del proceso (el reporte contendrá información respecto a su condición económica, social, familiar, etc.).

El órgano Jurisdiccional, para determinar la medida cautelar, que se adoptará en cada caso en concreto, debe de atender los presupuestos de la misma, para que con base a ello se elija la medida más proporcional entorno al daño causado. De esta manera, la responsabilidad del Estado en cuanto al límite de la proporcionalidad en la implementación de las medidas cautelares, va exigir una adecuada política criminal, que no se base en el cumplimiento oficioso, si no se pueda analizar con base a los elementos anteriormente descritos.

Por otra parte, el Código Nacional de Procedimientos Penales, ante esta característica, establece lo siguiente:

Artículo 156. Proporcionalidad.

*“El Juez de control, al imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en este Código, **deberá tomar en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el Ministerio Público realice, aplicando el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona, en términos de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución.***

*Para determinar **la idoneidad y proporcionalidad de la medida, se podrá tomar en consideración el análisis de evaluación de riesgo realizado por personal especializado en la materia, de manera objetiva, imparcial y neutral en términos de la legislación aplicable.***

*En la resolución respectiva, **el Juez de control deberá justificar las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado”.***

Del precepto transcrito anteriormente, cabe destacar que, para adoptar una medida cautelar, y tomando en cuenta la proporcionalidad como principio, debe de atender, la finalidad que se persigue, justificando de manera razonable la imposición de las mismas a partir de la circunstancia de cada caso.

Finalmente, para concluir esta característica y proseguir al estudio de las siguientes, cada medida a imponer, debe de emplearse conforme al entorno de cada

persona, con un tiempo indispensable para lograr el fin que se persigue, lo que nos lleva a la siguiente característica, provisionalidad y temporalidad.

2.3.3.- Provisionalidad y temporalidad.

El tiempo siempre va implicar un factor de riesgo en el proceso penal, la provisionalidad y la temporalidad son conceptos totalmente distintos, pero se complementan mutuamente. Cuando hablamos de provisionalidad, debemos tener en cuenta, que encuentra su sustento en los presupuestos de las medidas cautelares; *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, su finalidad va encaminada al aseguramiento de un buen proceso y hacer efectivo el cumplimiento de la futura sentencia, finalidad que va relacionada con la instrumentalidad como característica.

La provisionalidad, hace referencia a limitación temporal, debido a que las medidas cautelares pueden variar en el tiempo y de acuerdo a las circunstancias, por lo que su implementación está destinada hasta el tiempo en que incurra otro suceso, es decir, la provisionalidad solo puede ser utilizada mientras esté cumpliendo un objetivo, concluyendo en el momento que deje de cumplirlo. Dando pie a cambiar de medida cautelar por otra menos lesiva, cuando las circunstancias que pusieron a la primera hayan cambiado.

En la ley adjetiva, el artículo 161 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece lo siguiente:

Artículo 161 del CNPP. “Cuando haya variado de manera objetiva las condiciones que justificaron la imposición de una medida cautelar, las partes podrán solicitar al órgano jurisdiccional, la revocación, sustitución o modificación de la misma, para lo cual el Órgano Jurisdiccional citara a todos los intervinientes a una audiencia con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de las condiciones o circunstancias que se tomaron en cuenta para imponer la medida y la necesidad, en su caso de mantenerla y resolver en consecuencia”.

El precepto anteriormente transcrito, permite que de manera en que va

avanzando la investigación, a solicitud de las partes la medida cautelar pueda variar, debido a que toda medida cautelar está condicionada a la cláusula *rebus sic stantibus*, como se ha dicho anteriormente, si la situación jurídica por la que fue impuesta la medida cautelar varía, entonces esta puede cambiar.

La provisionalidad, suele confundirse con la característica de temporalidad, sin embargo, se dice que son distintas, debido a que la temporalidad, tiene una duración limitada, como su nombre lo indica tiene que durar un tiempo determinado; tiempo que se encuentra establecido en la ley, esta temporalidad obliga al juez a levantar la medida de la que se trata en el tiempo que ha sido establecido como tiempo razonable. En este sentido el Ley adjetiva, determina para la aplicación de la prisión preventiva, en ningún caso debe de ser superior a los dos años como plazo máximo, sin embargo, el legislador, se olvidó de establecer una temporalidad para las medidas cautelares, si bien no son absolutamente restrictivas, pero si son limitativas.

Mientras que la provisionalidad, como ya se ha dicho anteriormente, está destinada a durar mientras las circunstancias no cambien, siguiendo en este orden, las medidas cautelares, únicamente podrán ser impuesta por el Juez de control, por lo que nos lleva a la siguiente característica.

2.3.4.- Jurisdiccionalidad.

Ante esta característica de las medidas cautelares, se define como la necesidad ante cualquier limitación de Derechos Fundamentales, únicamente puedan ser impuestas por el órgano jurisdiccional. El artículo 16 Constitucional establece *“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”*. Es decir, son medidas que solo pueden ser adoptadas por Juez de control en ejercicio de su función jurisdiccional, mismas que serán solicitadas por un Ministerio Público mediante una audiencia contradictoria en donde se debata la necesidad de la misma (excepto ante la prisión

preventiva cuando es aplicada de manera oficiosa), las medidas impuesta por el Órgano Jurisdiccional, deben de realizarse mediante actos respectivamente motivados.

2.3.5.- Motivación.

La motivación junto con la fundamentación, constituyen un elemento básico al Derecho Humano de legalidad en sentido amplio, “...*en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que **funde y motive** la causa legal del procedimiento*”¹¹¹, la Suprema Corte de Justicia establece lo siguiente al respecto:

*“Es la esencia del régimen jurídico de todo Estado de derecho, en la medida en que se sustenta en la idea de que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite, es decir, todo acto de autoridad debe ser expresión del derecho; **tiene como finalidad evitar que la autoridad actúe arbitrariamente y, en su caso, permite que el gobernado tenga la posibilidad de defenderse, la cual alcanza a través de la exigencia de que los actos de autoridad sólo se emitan cuando se cuente con un respaldo legal y exista un motivo para ello;** por tanto, su cumplimiento deriva de explicitar la observancia de las exigencias legales que se establezcan para el acto de autoridad de que se trate”*.¹¹²

Ningún acto procesal, puede ser bien entendida, si el Juez no motiva las razones por la cual se impone determinada medida cautelar. Se requiere sobre todo al momento de imponer una medida restrictiva de la libertad, como lo es la prisión preventiva, que el ministerio público y posteriormente el Juez, motive las razones de *periculum in mora*: del peligro de fuga y obstaculización de la investigación del porque se ha de imponer esa medida cautelar en específico.

Requiere de gran importancia en la validez del principio de proporcionalidad, debido a que se requiere de una buena motivación de los presupuestos que integran

¹¹¹ Véase artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹¹² Tesis: I.8o.P.8 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Registro: 2014673, Libro 43, junio de 2017, Tomo IV, p. 2920.

la proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), para la adopción de una medida cautelar. Por su parte el Tribunal Constitucional Español establece “*la motivación judicial debe ser entendida en el doble sentido de explicación del fundamento de Derecho en el que se basa la decisión, y sobre todo, el razonamiento seguido por el órgano judicial para llegar a esa conclusión*”¹¹³. Toda medida cautelar debe de encontrarse debidamente motivada la necesidad de la misma.

2.4.- Finalidades y presupuesto de las medidas cautelares al ser impuesta.

2.4.1.- Finalidad de las medidas cautelares.

Como ya se ha mencionado por varias ocasiones anteriormente. Su finalidad gira en torno a dos objetivos estrictamente: asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena¹¹⁴, objetivos que serán alcanzados evitando el riesgo de fuga y la obstaculización de la investigación, si esto no sucede, es decir si no se impone una medida cautelar con el propósito de neutralizar el peligro procesal o el riesgo de fuga, entonces desaparece su función cautelar. Para Embris Vázquez José Luis¹¹⁵, divide a las finalidades de la siguiente manera.

Principal.	Accesorias.
Asegurar el Desarrollo del proceso y con ello los fines de este.	Hacer efectivo el <i>ius puniendi</i>
	Asegurar la presencia del imputado en el juicio.
	Asegurar los medios de prueba
	Favorecer la investigación.

¹¹³ Sentencia Tribunal Constitucional Español, 128/1995, de 26 de julio, fundamento jurídico 4to.

¹¹⁴ Del Río Labarthe, Gonzalo, *La prisión preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Perú, Anuario de Derecho Penal 2008, p. 100.

¹¹⁵ Embris Vázquez, José Luis, Op. Cit. p. 325.

	Protección de la víctima o del ofendido y de la misma sociedad.
	Garantizar la ejecución de la sentencia.

Como observamos en el cuadro anterior, para algunos doctrinarios la única finalidad cautelar es el desarrollo del proceso, mientras que para otros la única finalidad es asegurar la condena, pero para la mayoría la finalidad que persigue es ambas, aunado la protección de la víctima u ofendido y de la misma sociedad. Teniendo en claro que independientemente de la medida cautelar, todas tienen a cumplir la misma finalidad, variando la aplicación de la misma dependiendo el caso en concreto. La aplicación será conforme a los presupuestos establecidos, y bajo la procuración de fines constitucionalmente legítimos, y congruentes con su naturaleza, sin embargo, esto ha sido motivo de debate de muchos juristas, cuando hablamos respecto a la prisión preventiva.

En consecuencia, para que el Estado pueda cumplir las finalidades que se ha propuesto en torno a las medidas cautelares, y debido a que supone una invasión a la esfera jurídica de la persona que está en calidad de imputado, se condiciona al Órgano Jurisdiccional, adoptar determinada medida, porque se logra cumplir con los siguientes presupuestos.

2.4.2.- Presupuesto legales y materiales de las medidas cautelares al ser impuesta.

Como se ha escrito anteriormente las medidas cautelares, en específico las personales, al ser una limitante de un derecho tan fundamental como es la libertad, debe de respetar ciertas reglas, antes de su imposición, lo que nos lleva hablar de los presupuestos que la constituyen. Al inicio de este subtema podemos notar, una clasificación de dos presupuestos, el primero de ellos los presupuestos legales (procesales- legales), son totalmente objetivos no dependen del caso concreto, si no de la legislación, es decir, hacen referencia aquellos actos, con los que se inicia un proceso, es decir una denuncia o querrela y ante la imposición de una medida cautelar que sea restrictiva de la libertad como la prisión preventiva, que el delito

por el cual se está imponiendo merezca pena privativa de la libertad. Por su parte la segunda clasificación; los presupuestos materiales (*Fomus boni iuris* y *periculum in mora*), son aquellos que dependen del caso en concreto y de la arumentación de las partes.

Toda medida cautelar, independientemente de la materia, debe de cumplir con los siguientes presupuestos materiales;

I.	<i>Fomus boni iuris</i> . Apariencia de un buen derecho.
II.	<i>Periculum in mora</i> . Peligro en la demora. a. Peligro de fuga. b. Peligro en la obstaculización de la investigación.

2.4.2.1.- **Fomus boni iuris**. Apariencia de un buen derecho¹¹⁶.

Lo que se pretende a través de este presupuesto “es llevar un juicio de verosimilitud sobre el derecho cuya existencia se pretende declarar en la sentencia”¹¹⁷. Es decir, en el proceso penal, se debe valorar la alta probabilidad de condena, no obstante, ante esta alta probabilidad no se está decretando culpabilidad, como ya hemos mencionado anteriormente, solo existirá certeza de culpabilidad, en cuanto se haya desarrollado todo el proceso y como resultado exista una sentencia condenatoria, por lo que la aplicación de una medida exige un alto grado de probabilidad de que exista el hecho delictivo y en consecuencia la intervención de la persona a la que se le está imputando ese delito.

¹¹⁶ Por otra parte, en el proceso penal, hemos escuchado este término como *Fumus delicti comissi*, debido a que supone la posibilidad atribuir razonablemente el delito investigado al imputado, porque existe un alto grado de probabilidad de que haya cometido el hecho.

¹¹⁷ Del Rio Labarthe, Gonzalo, Las Medidas Cautelares del Proceso Penal Peruano, Op. Cit. p.80.

Es por ello que ante este presupuesto hablamos causa probable (desde la imputación hasta el auto de apertura a juicio oral) o duda razonable (juicio oral) y no como un hecho cierto, a través de este presupuesto, el Juez de control con base a los datos de prueba existentes y los argumentos iniciales del ministerio público, debe decretar si existe probabilidad de un hecho delictivo y si el imputado tiene probable intervención en el mismo. No se trata de que el juez realice una pretensión futura respecto a la sentencia, si no que tenga elementos suficientes para sustentar el acto procesal de la audiencia inicial es decir la solicitud de medidas cautelares, para lograr garantizar el desarrollo procesal en el resto de las audiencias.

Derivado de lo anterior es necesario analizar a la vinculación a proceso, acto procesal que antecede a la de medidas cautelares, en el cual, ante este acto procesal, debe existir un probable hecho que la ley señale como delito¹¹⁸ y que existan datos de prueba, que probablemente cometió el hecho. Para que el juez pueda decretar la vinculación a proceso, es necesario que se haya formulado imputación previamente, con base a los datos de prueba obtenido por el ministerio público, el juez podrá determinar la situación jurídica de una persona en un plazo constitucional de 72 o 144 horas en caso de ampliación, una vez que ha sido puesto a su disposición el detenido. El auto de vinculación a proceso, convierte a la investigación inicial en una investigación formalizada.

Hay que recordar la vinculación a proceso es un acto procesal que sustituye al auto de formal prisión tras la reforma Constitucional en materia penal, hay quienes han considerado que “*ofrece mayor posibilidad de lograr un debido proceso*”¹¹⁹, debido a que no se desahoga las pruebas con anticipación y el juez de control que dicta la vinculación no será el mismo ante quien se desahoguen las pruebas, lo que evitará un prejuizamiento. El juez al dictar el auto de vinculación, debe determinar

¹¹⁸ “**El hecho que la ley señale como delito**”, hace referencia al injusto penal, es decir a los tres primeros elementos del delito: acción, típica y antijurídica, el cuarto elemento, la culpabilidad, se va actualizar con la sentencia condenatoria ejecutoriada. Véase ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *Derecho penal parte general*, México, UBIJUS, 2017.

¹¹⁹ Cossio Zazueta, Arturo Luis, *El auto de formal prisión y el auto de vinculación a proceso*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015, p.112.

los hechos que integran vinculación, así como la decisión de las medidas cautelares y finalmente el plazo de término de la investigación, para que concluya la audiencia inicial.

Ante lo anterior, recae la importancia de las medidas cautelares puedan ser argumentadas en base a la necesidad y con suficientes elementos de convicción que logren convencer que existe una alta necesidad de imponerlas. Sin olvidar que *“La propia hipótesis en la que se sustenta la medida cautelar puede variar durante el transcurso del procedimiento sin necesidad de que ello implique una declaración de certeza sobre la existencia o inexistencia de la responsabilidad criminal de una persona”*¹²⁰. En la imposición de la prisión preventiva, debe de existir una serie de indicios que determine que existe una alta probabilidad de condena, en donde se aplicara pena privativa de la libertad.

2.4.2.2.- Periculum in mora. Peligro en la demora.

Para la aplicación de una medida cautelar no basta que se actualice el *fomus boni iuris*, pues la actualización como único presupuesto, se interpreta como una pena anticipada y no precisamente cautelar. El peligro en la demora en el proceso penal, tiene dos manifestaciones claras e irrenunciables: peligro de fuga y peligro en la obstaculización de la investigación, riesgos relevantes para todo desarrollo de investigación, justificándose cualquier medida cautelar a través de estas manifestaciones lo que va a variar es la intensidad de las mismas. A juicio de Calamandrei, señala que en este concepto del peligro en la demora está la clave para alcanzar una definición de las providencias cautelares que agote el concepto.

En otras palabras, el peligro a la demora es el temor de que el tiempo que lleve el proceso, puede terminar generando un daño en el derecho cuya protección se reclama, es por ello la necesidad de establecer cuál es el riesgo que se incurre

¹²⁰ Del Rio Labarthe, Gonzalo, *Las Medidas Cautelares del Proceso Penal Peruano*, Op. Cit. p.80.

ante este presupuesto, pues ante la falta del mismo, no habría la necesidad de una cautela.

a. Peligro de fuga.

Considerada una de las principales funciones que persigue las medidas cautelares, precisamente, es asegurar la presencia física del imputado, durante el desarrollo del proceso penal, evitando la fuga. El Código Nacional de Procedimientos Penales¹²¹, establece las siguientes circunstancias que el Juez de control, tomará en cuenta para verificar, si existe o no el peligro de fuga:

1. *La falsedad del domicilio del imputado.*
2. *La actitud que adopte el imputado ante la pena que ha de imponerse.*
3. *La voluntad del imputado de someterse a la persecución penal.*
4. *Desacato de citaciones para actos procesales.*

Dichos presupuestos deben de cumplir dos finalidades, garantizar la presencia física del imputado y en consecuencia garantizar el sometimiento de la pena, es muy importante tener en cuenta que se requiere la presencia del imputado en el transcurso del desarrollo de las etapas procesales para poder controvertir la acusación, emitiendo sus respectivas pruebas. Este derecho se encuentra garantizado a través del principio de inmediación. No obstante, la ausencia de este en todos los actos procesales, traería consigo la suspensión de las mismas, retrasando de este modo el proceso penal.

A continuación, se citarán algunos ejemplos.

Ejemplo: Homicidio- peligro de fuga.



Se acusa a la señora Xochil de haber causado la muerte de su esposo José, hechos ocurridos el día 20 de junio de 2018, en la calle séptima sur del municipio de Ocozacoautla de Espinoza, derivado de los datos de

¹²¹ Véase artículo 168 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

prueba obtenidos por parte del ministerio público y la información proporcionada por la UMECA, se determinó que la señora Xochil, no tiene hijos, no tiene un trabajo estable, dispone de cuentas en el banco, cuenta con familiares fuera del país y su identificación oficial tiene un domicilio falso y no tiene interés en colaborar, para que se descubran la verdad de los hechos.



Ejemplo: Delito de drogas- falta de peligro de fuga.

María, persona indígena, tiene 60 años, madre soltera, con cinco hijos, no sabe leer ni escribir, trabaja como mesera en un bar denominado “las cinco estrellas“. un mañana policías entran al bar de manera muy violenta y la detienen; argumentando el hallazgo de droga en el establecimiento. Al detenerla y trasladarla a las autoridades correspondientes, María argumenta que la obligan a firmar (no obstante que no sabe leer ni escribir). María no tuvo oportunidad de que le aplicaran una medida cautelar diferente a la prisión preventiva, debido a que se trataba de un delito grave.

b. Peligro de obstrucción de la investigación.

En este orden de ideas y una vez que se ha analizado al peligro de fuga, como uno de las manifestaciones del *periculum in mora*, es necesario tener en cuenta que el peligro a la obstrucción a la investigación o prevención del entorpecimiento probatorio, se estiman elementos que pueden ser perjudiciales para el proceso penal.

Por otra parte, el Código Nacional de Procedimientos Penales¹²², establece una serie de supuestos, en donde el Juez de control tomara en cuenta, como situaciones que se actualizan ante el entorpecimiento de la investigación, de los cuales se detallan a continuación:

¹²² Véase artículo 169 del Código Nacional Procedimientos Penales.

- I. *Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba.*
- II. *Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera reticente o inducirá a otros a realizar tales comportamientos, o*
- III. *Intimidará, amenazará u obstaculizará la labor de los servicios públicos que participan en la investigación.*

En términos generales y al momento de imponer la prisión preventiva el juzgador ha optado por adoptar el mismo tiempo en ambos presupuestos, la Ley Adjetiva, carece de esa aclaración, debido que cuando estamos ante un peligro de obstaculización, a diferencia del peligro de fuga, el Juez puede adoptar medidas que impidan esta obstaculización, es decir si se trata de la declaración de testigos, peritos o demás, puede solicitar la prueba anticipada, para evitar que el imputado perjudique el desarrollo del proceso en este sentido, lo que traería consigo, poder imponer otra medida cautelar menos lesiva.

A continuación, se citarán algunos ejemplos.



Ejemplo: **Secuestro- obstaculización de la investigación.**

Se acusa al señor Marcos de secuestro de la menor Roberta, hechos ocurridos el día 01 de julio de 2018, derivado de los datos de prueba obtenidos por parte del ministerio público y la información proporcionada por UMECA, se determinó que el señor Marcos, es integrante de una banda denominada “la venganza”, colaborando por más de diez años en esta organización, es una persona violenta y poco colaboradora, ha sido denunciado por secuestro y homicidio.



Ejemplo: **Secuestro-falta de obstaculización de la investigación.**

Se acusa al señor Marcos de secuestro de la menor Roberta, hechos ocurridos el día 01 de julio de 2018, derivado de los datos de prueba

obtenidos por parte del ministerio público y la información proporcionada por UMECA, se determinó que el señor Marcos, es una persona que tiene un negocio de comida a domicilio, tiene tres hijas, y se encontraron indicios que el día del operativo, él realizaba una entrega de alimentos en el domicilio donde tenían secuestrada a la menor Roberta.

2.4.2.4.- Peligro para la víctima y sociedad.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, ha implementado un presupuesto adicional al peligro de fuga y obstaculización de la investigación, que puede afectar el procedimiento, y este es el peligro que pueda correr la víctima u ofendido o incluso la misma sociedad, cuando la persona a la que se le está imputando un delito, se encuentre en libertad. Este presupuesto se actualizará con base a la valoración que realice el Juez de control, respecto a las condiciones particulares, en donde se aprecie la existencia de un riesgo fundado, *“o un acto que afecte su integridad personal o ponga en riesgo su vida”*¹²³. Sin embargo, ante esta problemática en la que se puede incurrir si la persona imputada se encuentra en libertad, debe valorarse, ante que peligro se está incurriendo, debido a que, en algunos casos, este peligro, puede contrarrestarse mediante la imposición de medidas cautelares menos lesivas que la prisión preventiva.

Como pueda observarse, el Juez debe tener en cuenta estos presupuestos, a solicitud del Ministerio Público, para poder imponer la medida cautelar adecuada, sobre todo la prisión preventiva, no puede imponerla al menos en teoría, a su solo criterio una restricción de un Derecho tan fundamental, como lo es la libertad sin antes tener certeza de que se actualiza un riesgo inminente para el desarrollo procesal.

¹²³ Véase artículo 170 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

En la actualidad, se ha visto que, en las audiencias de medidas cautelares, el Ministerio público no argumenta cual es peligro concreto que se le está suscitando al imputado, es decir no especifica qué tipo de peligro se incurre: de fuga u obstaculización del proceso, por lo que se torna inconstitucional que su argumento a través de un requisito genérico, y no especificando porque existe determinada necesidad de la cautela. La solicitud fundada por parte del Ministerio Público, no únicamente va a dar lugar a que la defensa pueda contra argumentar esa solicitud, si no también va hacer que se respete los principios rectores que rigen en las audiencias.

2.5.- Debido proceso en la audiencia de medidas cautelares.

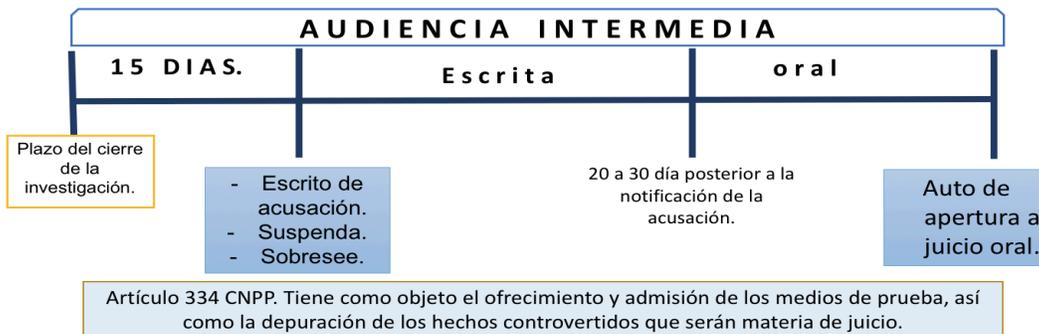
En términos generales hemos abordado el tema de debido proceso en materia penal, sus principios y garantías en el capítulo primero, al inicio de este capítulo se ha escrito en torno a las medidas cautelares, sus características, finalidades y presupuestos que se deben de atender, para que la misma pueda ser impuesta, respetando en todo momento aquellos principios que van regir en el cumplimiento de un debido proceso.

Recordemos que el acto procesal de medidas cautelares, es debatida en la audiencia inicial, por lo que al ser uno de los primeros actos que se desahogan y que van a repercutir en el resto de las audiencias, debe de verificarse, que la imposición de la misma, no afectara el desarrollo del proceso. Para tener una referencia de todos los actos procesales que se desahogan posterior al acto procesal de medidas cautelares.

A continuación, se realiza una representación de las audiencias posteriores y sus actos procesales correspondientes:



Figura 5: Elaboración propia con base Actos procesales de la audiencia Inicial. Art. 307 CNPP.



Los 15 días para presentar la acusación, puede ser aplazado hasta 30 días.

Figura 6: Elaboración propia con base Actos procesales de la audiencia intermedia. Art. 334 CNPP.

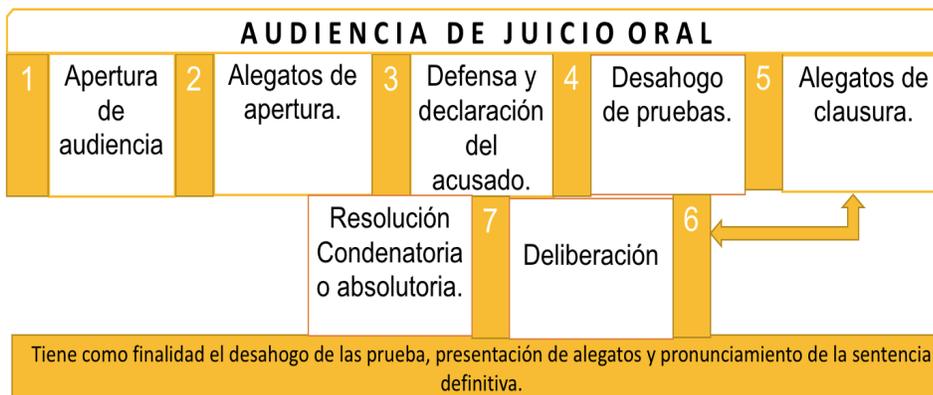


Figura 7: Elaboración propia con base Actos procesales de la audiencia de juicio oral.

Las figuras anteriores, muestran de manera sintetizada, el proceso al que se sujeta una persona que es acusada de un delito, por lo cual al determinarse una medida cautelar que sea lesiva en su esfera jurídica como la prisión preventiva, sin analizar la necesidad de la misma puede causar un daño irreversible, al imputado, por el tiempo que se encontrara sujeto a este proceso penal.

Lo anterior, permite corroborar que la audiencia de medidas cautelares, debe en teoría de cumplir y regirse bajo los principios y garantías que establece un debido proceso, porque de imponerse de manera oficiosa como se ha venido haciendo conforme al catálogo que establece nuestra Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos, no se respetan las finalidades de la reforma de justicia penal, por lo cual nos lleva a tocar otro tema de suma importancia, la supervisión de medidas cautelares en el proceso penal.

2.5.1.- Análisis a la autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso en Chiapas.

Las Unidades Estatales de Supervisión a Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso (en adelante UMECAS)¹²⁴, es una estructura organizacional, que se implementó tras la reforma de justicia penal, encarga de aplicar el modelo de servicios previos a juicio previstos en el Código Nacional de Procedimientos Penales, tienen como función principal, crear un perfil de la persona imputada, atendiendo todas y cada una de las características que de alguna manera pueden repercutir en el proceso, es decir, todos aquellos aspectos que pueden influir para el cumplimiento o no, de determinada medida cautelar: económico,

¹²⁴ En cumplimiento a la instrucción del Consejo Nacional de Seguridad Pública, la Secretaría de Gobernación elaboró un Modelo Homologado de Unidades Estatales de Supervisión a Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso, por conducto del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública y el Comisionado Nacional de Seguridad, el cual fue aprobado en la XLI Sesión Ordinaria de dicho Consejo.

familia, trabajo, domicilio, entre otros factores, evaluando el riesgo que puede incurrir a la víctima u ofendido y la sociedad.

Toda aquella información que se recabe será proporcionada al Ministerio público y a la defensa, para que la solicitud de la medida cautelar, sea la más idónea al caso en concreto. El artículo 164 del Código Nacional de Procedimientos Penales, establece lo siguiente al respecto:

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

Esta autoridad deberá proporcionar a las partes información sobre la evaluación de riesgos que representa el imputado y el seguimiento de las medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso que le soliciten”¹²⁵.

Del artículo prescrito anteriormente, se puede resaltar dos funciones que realiza las UMECAS¹²⁶, la primera que será a través de la evaluación de riesgo antes de la audiencia de medidas cautelares, en la audiencia inicial y la segunda función se desarrollara posteriormente se haya impuesto la medida cautelar, a continuación, se explican cada una de ellas.

- **Primera función de las UMECAS: Evaluación de riesgo.**

¹²⁵ Véase artículo 176 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

¹²⁶ Instituto de Justicia Procesal Penal, AC, *Libertad en Comunidad*, Manual para crear Redes de Organizaciones de la Sociedad Civil auxiliares en la Supervisión de adolescentes bajo proceso penal en libertad, México, IJPP AC, 2016, p. 25-32.

Esta evaluación es realizada antes de la audiencia de determinación de medidas cautelares, en donde se verifique todos los riesgos que pudiera obstruir la investigación (riesgos procesales), esta va dar inicio desde el momento de la detención de una persona o por solicitud por parte del ministerio público, cuando esté realizando su investigación. La UMECA realiza los siguientes pasos para la evolución del riesgo procesal.



Figura 6: Adaptado de *Servicios Previos al Juicio. Manual de implementación. Edición actualizada*, de Ana Aguilar García y Javier Carrasco Solís, (IJPP/USAID, 2014).

- **Segunda función de las UMECAS: Supervisión de medidas cautelares.**

Esta segunda función, se realiza posteriormente a que se haya decretado una medida cautelar, por lo cual, como su nombre lo dice, las UMECAS, velarán por el cumplimiento de la medida cautelar impuesta o en su caso notificara a la autoridad correspondiente el incumplimiento de la misma, dentro de actos a realizar para la supervisión se realizara lo siguiente

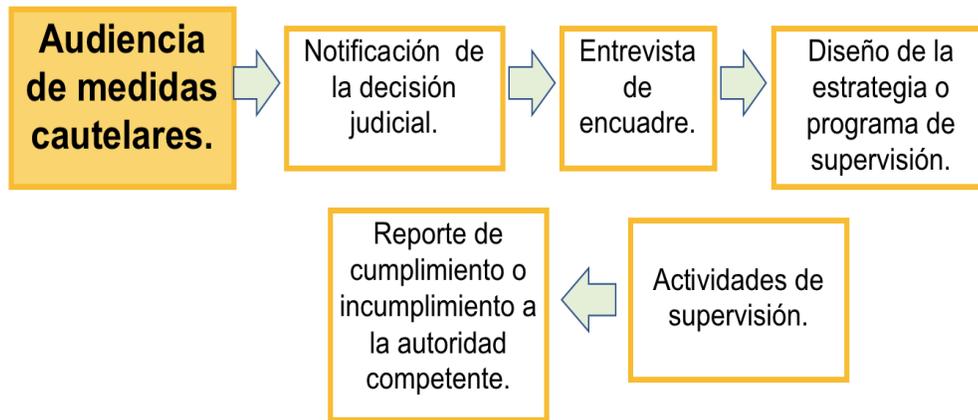


Figura 7: Adaptado de *Servicios Previos al Juicio. Manual de implementación. Edición actualizada*, de Ana Aguilar García y Javier Carrasco Solís, (IJPP/USAID, 2014).

Así, en cada Entidad Federativa, fueron instauradas distintas sedes, en otras Entidades una sede, como es el caso de Chiapas, que se puso en marcha esta unidad revisora de medidas cautelares, en agosto de 2016, quizás nos cuestionaremos ¿Cómo funciona?, a continuación, se representa través de la siguiente imagen, la estructura organizacional.

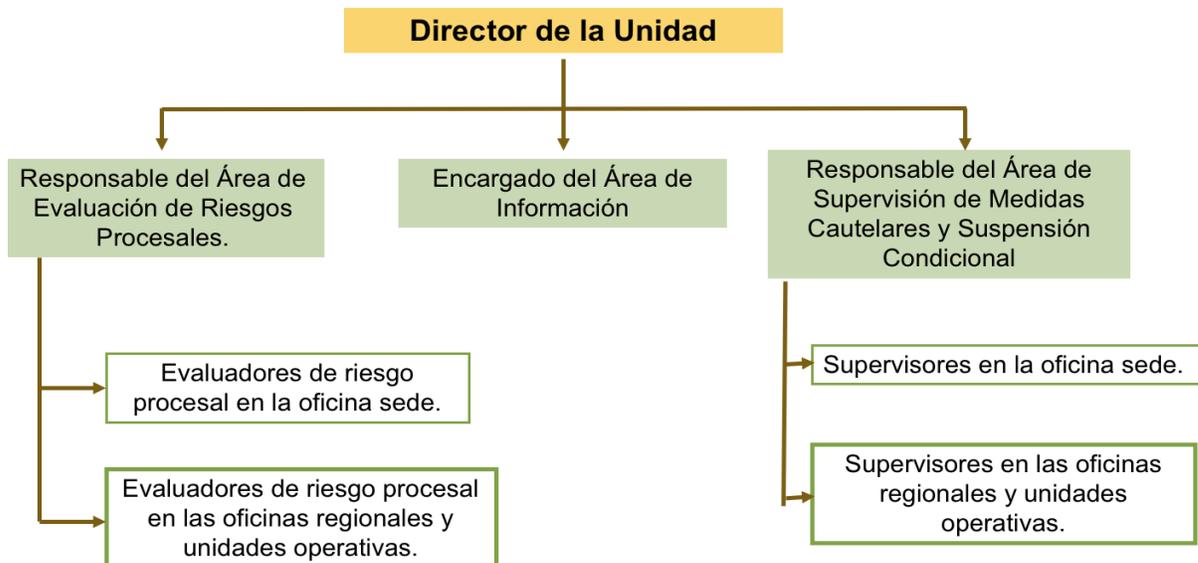


figura 8. Elaboración propia basada en: Estructura Organizacional de Las Unidades Estatales de Supervisión a Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso. Modelo Homologado de Unidades Estatales de Supervisión a Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso.

Lo anterior obedece, que tras la implementación de estas Unidades, se lograría un mejor control respecto a la imposición de medidas cautelares, sin embargo, no se ha logrado cumplir con el objetivo planteado, debido a que en la actualidad se carece de unidades que atiendan todas las demandas a nivel estatal, derivado del Diagnóstico de las Unidades Estatales de Supervisión a Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso¹²⁷, que se realizó en marzo de 2017, se arrojaron los siguientes datos.



Figura 9: Elaboración propia basada en: Entidades Federativas de México que cuentan con UMECAS. Diagnóstico de las Unidades Estatales de Supervisión a Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso.

La grafica anterior representa, la falta de estabilidad de estas unidades, ante la carencia de infraestructura, equipamiento, gestión, personal, estructura e incluso capacidad de lograr atender todas las demandas que se presenten por Estado, debido que, al contar con una sola unidad, que atienda toda la jurisdicción del Estado, se convierte en una labor realmente imposible. No obstante, que, del

¹²⁷ Véase disponible en línea: http://secretariadoejecutivo.gob.mx/SJP/diagnostico_UMECAS.pdf. Consultada junio 2018.

resultado del diagnóstico estatal de las UMECAS de marzo de 2017, se determinó, que tres Entidades Federativas no cuentan con ninguna sede, y únicamente 29 Estados cuentan con este servicio, por lo que a continuación se representa las aproximadas con las que cuentan determinados Estados.

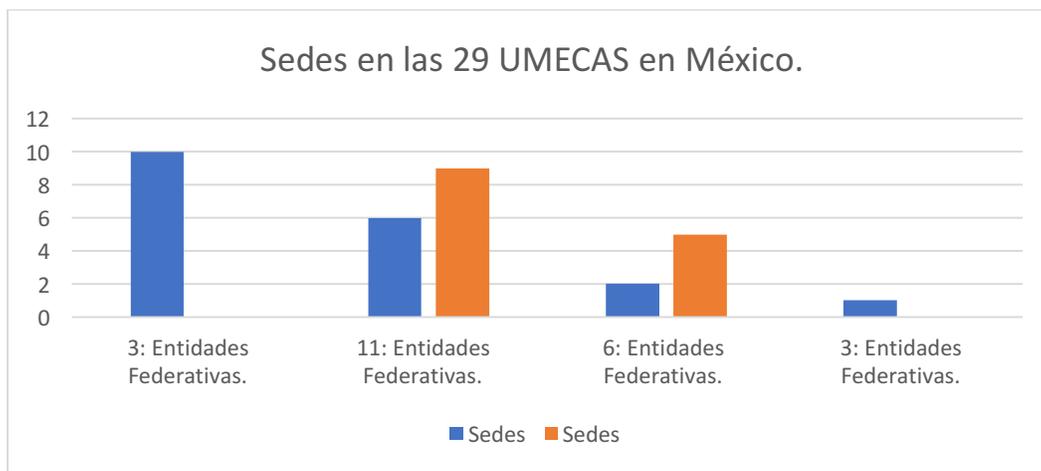


Figura 10: Elaboración propia basada en: Sedes de las UMECAS en México. Diagnóstico de las Unidades Estatales de Supervisión a Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso.

En teoría a través de la implementación de estas unidades se tiene como finalidad promover información apegada a la realidad, información que llegará al juzgador por medio de la argumentación que realicen las partes, para determinar, cuál es la medida más adecuada al caso en concreto y de este modo se valore si la medida cautelar solicitada cumple con la finalidad legítima. En el escenario en el cual se está desarrollando actualmente el Sistema de Justicia Penal en México, la imposición cautelar se da de manera automática, determinando la gravedad del delito y no otros elementos que se tornan necesarios al momento de la imposición cautelar.

La Constitución y el código penal adjetivo, al imponer un catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, no atienden los objetivos procesales de las medidas cautelares si no el tipo de delito, como se verá a continuación.

2.5.2.- Problemas interpretativos en cuanto a la oficiosidad: CPEUM y el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Es importante destacar que en materia penal cobra gran importancia el principio de legalidad y máxima taxatividad legal e interpretativa, de lo contrario se estaría violando la estricta legalidad. Sin embargo, el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo segundo se contradice al establecer lo siguiente:

“El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”.

En la primera parte del citado artículo, el legislador condiciona al Juez, atender la procedencia de la medida cautelar de prisión preventiva, cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar los fines del proceso. Siendo que el artículo 157 del Código Nacional de Procedimientos Penales en el segundo párrafo, prevé la facultad del juez de aplicar más de una medida cautelar, de ser necesario¹²⁸. No obstante, al establecer, tácitamente que también se impondrá la prisión preventiva, cuando haya sido anteriormente condenado por un delito doloso, se realiza un prejuzgamiento y no se atiende la necesidad de la cautela, por lo consiguiente en la parte *in fine* del mismo párrafo del citado artículo el legislador establece.

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

¹²⁸ Artículo 157 del Código Nacional de Procedimientos Penales. **“El Juez de control podrá imponer una de las medidas cautelares previstas en este Código, o combinar varias de ellas según resulte adecuado al caso, o imponer una diversa a la solicitada siempre que no sea más grave. Sólo el Ministerio Público podrá solicitar la prisión preventiva, la cual no podrá combinarse con otras medidas cautelares previstas en este Código”.**

Ahora bien, el artículo 167 del CNPP, establece en su sexto párrafo, once fracciones, enlistando más delitos de los previstos en el párrafo segundo, del artículo 19 de la Constitución, vulnerando de esta forma el principio de Supremacía Constitucional, provocando que el catálogo aumente desproporcionadamente, tomando en cuenta que la Carta Magna, al establecer dentro del catálogo *“delincuencia organizada”, “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 la posibilidad de poder integrar varios delitos en estos supuestos.

En la exposición de motivos de la reforma de este artículo, se alujo que en dicha lista se tomaron en cuenta los delitos graves, que afectan seriamente la paz y tranquilidad pública, sin embargo, en su afán de crear una lista con delitos específicos, se han dejado a un lado otros delitos que pueden impactar a la sociedad de la misma manera, por lo cual, reitero que establecer delitos específicos ante la oficiosidad, puede ser lesivo para las partes procesales e incluso para la misma sociedad.

Por lo que se consideraría inoperante ampliar el catálogo de delitos que imponen la prisión preventiva de manera oficiosa; basta con que se analice la necesidad de la medida cautelar, a través de suficientes elementos probatorios que determinen la participación del individuo o el riesgo que podría correr la víctima u ofendido o incluso los impedimentos que pueda existir en el desarrollo de las audiencias, para determinar si esta medida cautelar idónea.

Como ha planteado anteriormente existe una mala interpretación del Derecho Penal a la luz del Derecho Constitucional, debido a que la constitución debe de ser la base del ordenamiento jurídico. Sin embargo, leyes secundarias como el Condigo Nacional de Procedimientos Penales se contradice con la propia Constitución, cuando hace referencia a delitos que imponen a la prisión preventiva de manera

oficiosa, violando de esta manera el principio de supremacía constitucional.

Así también en el mismo párrafo sexto, del artículo 167 del CNPP, tácitamente establece:

*“Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el **Código Penal Federal de la manera siguiente...I...II...III...**”*

Por lo que se observa, que dicho artículo únicamente hace alusión a aquellos delitos, previstos en el Código Penal Federal, dejando a un lado los delitos en cada Estado, en el caso que nos ocupa Chiapas.

Derivado de lo anterior, no se ha dejado de aplicar constantemente la prisión preventiva, sino todo lo contrario, van ampliando las amenazas de las penas, con el objetivo de controlar la conducta delictiva, pero el resultado únicamente se ha convertido en el aumento de la sobrepoblación carcelaria. No existe verdades absolutas, tampoco hay libertades absolutas, el derecho de una persona termina o encuentra su límite donde empieza el de alguien más. El derecho es el que decide cuánto vale la libertad de todos. En derecho penal si las libertades punitivas son muchas las libertades se reducen, lo que da paso a un Estado poco democrático, todo lo contrario, si las potestades punitivas se reducen y se acotan, entonces las libertades se expanden y se estará frente a un estado más democrático¹²⁹. En el siguiente capítulo realizaremos un análisis de la prisión preventiva desde sus orígenes, hasta como se ha venido implementando.

¹²⁹ Ortiz Serafín, Zamora José, *Argumentación y derechos reflexión sobre la justicia penal y Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 19.

CAPITULO 3

PRISIÓN PREVENTIVA Y ANÁLISIS A SU OFICIOSIDAD EN MÉXICO.

“No solamente se hace sufrir a los hombres que son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes. Esta es, desgraciadamente una necesidad a la cual el proceso no se puede sustraer ni siquiera si su mecanismo fuese humanamente perfecto”

Francesco Carnelutti

La prisión preventiva forma parte de las medidas cautelares que el juzgador puede adoptar para el aseguramiento del proceso penal, sin embargo, se ha convertido en una medida cautelar polémica, debido al uso oficioso y su falta de excepcionalidad. De modo que, cuando el juzgador se aleja de los fines estrictamente procesales y la impone ante otras circunstancias que no justifican el caso concreto, a través de elementos insuficientes respecto al peligro de fuga o de la obstaculización de la investigación, esta medida cautelar se convierte en ilegítima¹³⁰, lo que se refleja durante las actuaciones del debido proceso.

3.1.- Evolución histórica de la prisión preventiva en la Constitución Mexicana.

Una de las inquietudes que ha tenido la sociedad mexicana en cuanto a la impartición de justicia, ha sido precisamente el sistema de justicia penal, debido a que lejos de tener la certeza que se está imparte justicia, los imputados e incluso las víctimas, suelen padecer incertidumbre e impunidad jurídica. Por lo que derivado de la propuesta de reforma que se presenta en el 2006 por parte de la Red Nacional a favor de los Juicios Orales y el Debido Proceso Legal, se propone la modificación de diversos artículos constitucionales que fundamentan los procedimientos judiciales. Es así que resulta relevante el análisis en torno a la evolución normativa

¹³⁰ Del Rio Labarthe, Gonzalo, Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano, Op. Cit., p. 119.

de la prisión preventiva en la Constitución Mexicana y de esta forma entender el papel que juega hoy frente a los Derechos Fundamentales.

Desde la entrada en vigor de la actual Carta Magna de 1917, se estableció como fundamento de la prisión preventiva, el artículo 20 Constitucional, artículo que ha tenido diversas reformas desde la publicación del texto original. A lo cual se analizará a continuación.

El texto original del artículo 20, establecía la libertad bajo fianza con un monto de hasta de diez mil pesos, según la gravedad del delito imputado, siempre que el delito no excediera la pena de cinco años, por lo que ha de advertirse que desde inicios de la actual constitución preveía únicamente como medida alterna a la prisión preventiva, a la fianza, situación que en gran medida las personas que estaban enfrentando un proceso penal, se encontraban privados de su libertad, no obstante transcurrieron más de tres décadas para que se diera lugar a la primera reforma constitucional, del artículo citado. Misma que ocurrió en diciembre de 1948 estableciendo lo siguiente:

Artículo 20.- En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías

*“Inmediatamente que lo solicite será puesto en **libertad bajo fianza** que fijara el juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impone, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, y sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personas bastante para asegurar, bajo la responsabilidad del juez en su aceptación.*

En ningún caso la fianza o caución será mayor de \$250,000.00, a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos

*la garantía será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o el daño ocasionado*¹³¹.

Tras la primera reforma constitucional de este artículo, cambia el monto de la fianza, aumentando a doscientos cincuenta mil pesos¹³², posteriormente surge la reforma de 1985, la cual representa un retroceso de la reforma de 1948, debido a que aumenta la cantidad de casos que debe de aplicarse la privación de la libertad, debido a que, la prisión preventiva no solo ha de aplicarse cuando la media aritmética fuera mayor a cinco años de prisión, sino que debía de computarse también la pena correspondiente a la modalidad del delito¹³³.

La subsecuente reforma que sufre este artículo constitucional, fue la de septiembre de 1993, en donde se modifica el criterio cuantitativo que se venía siguiendo tras la promulgación de la Constitución de 1917, se deja a un lado la fórmula de la media aritmética de la pena conforme al delito que se atribuía, adoptando otra medida distinta para distinguir a los delitos graves de los no graves. La situación de las personas que tenía probable culpabilidad en los delitos aumentaba, debido a que en su mayoría los delitos eran considerados graves, no obstante que México, ya había firmado tratados internacionales, que determinaban que la prisión preventiva se aplicaría con carácter de excepcional. A continuación, se transcribe parte del artículo reformado en septiembre de 1993.

Artículo 20.- En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

¹³¹ Véase Diario Oficial de la Federación, publicado el 02 de diciembre de 1948. Disponible en web: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_046_02dic48_ima.pdf, consultada agosto de 2018.

¹³² **“Cabe destacar que derivado de la jurisprudencia que forma la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se reducen los casos de prisión preventiva, interpretándose que los cinco años a los que aludía el texto de la original Constitución, se tomaría en cuenta en base al resultado de la obtención de la media aritmética de la sanción, de la suma del mínimo del máximo de la media aritmético de la sanción privativa de libertad correspondiente al delito imputado”.** Hernández Pliego, Julio Antonio, “La prisión preventiva y su evolución en 75 años”, en *Evolución del Sistema Penal Acusatorio*, coord. García Ramírez Sergio y González Mariscal Olga Islas, México, UNAM, 2017, p.456.

¹³³ Ibidem, p. 457.

*“Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle **libertad provisional bajo caución** siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que es su caso puedan imponerse al inculpado y **no se tratara de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba contener este beneficio...**”*

Posteriormente a esta reforma, surge la de julio de 1996, en donde se puede destacar que la prisión preventiva ya no solo va dirigida para delitos graves, sino también, para los no graves, siempre y cuando exista solicitud del ministerio público, mediante el cual el juez tiene la facultad de negar la libertad provisional.

Artículo 20.- En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías.

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

No obstante, de lo anterior y posterior a las transformaciones que han surgido en el sistema de justicia penal, tras la reforma de 2008, este artículo deja de prever a la prisión preventiva, para garantizar, los principios que regirán las audiencias del sistema acusatorio y oral, en el apartado A, y en el apartado B y C, prevé, los derechos y obligaciones de los imputados y víctimas. Dejando a un lado, lo referente a la aplicación de la prisión preventiva, antes de continuar debemos de tener en claro que antes de la reforma, se considera como medida alterna a la prisión durante el proceso, a la fianza, por lo que la prisión se convertía en la regla, y únicamente

ante casos excepcionales (delitos no graves), era aplicada la fianza. Ahora y posterior a la reforma, se ha entendido por la Constitución y por ordenamientos internacionales como una medida cautelar excepcional, es decir, únicamente cuando se prevea la necesidad de la misma, debe y tiene que aplicarse, sin embargo, el legislador, al redactar lo establecido en el artículo 19 párrafo segundo de la constitución, no la redacta como una medida de carácter excepcional, al establecer los siguientes supuestos:

Artículo 19, p.2 CPEUM.- “El Se impondrá a la prisión preventiva Ministerio Público sólo podrá solicitar al cuando:
juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”.

1. *Otras medidas no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado a juicio.*
2. *Otras medidas no garanticen el desarrollo de la investigación.*
3. *Otra medida no garantice la protección de la víctima.*
4. *Otra medida no garantice la protección de los testigos.*
5. *Otra medida no garantice la protección de la comunidad.*
6. *Este siendo procesado por la comisión de un probable delito.*
7. *Haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito.*

Debemos de tener en cuenta que adicional a lo establecido en párrafos anteriores, se establece una lista de delitos, que como se desglosara más adelante, acaparan un amplio abanico de otros delitos. Ahora bien, de la redacción del artículo anteriormente citado, se establece “cuando otras medidas cautelares no sean suficientes”, por lo que ha de apreciarse cuando el juzgador establece “imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”, no da lugar a que se pueda comprobar si otras medidas resultan idóneas, para atender al caso concreto, misma situación sucede con el catálogo de delitos, que el juzgador a establecido como graves.

Los cambios sociales, políticos y económicos que han surgido en nuestro país determinan la política criminal y las corrientes del derecho punitivo. Cuando, a finales del siglo pasado, se pensaba que dábamos muestra de un avance hacia la democratización y la instauración de un verdadero Estado Democrático de Derecho, al desaparecer figuras como la “*disolución social*” así como “*vagancia y mal vivencia*” de la lista de delitos, y transitamos de nueva cuenta a un régimen de oficiosidad para determinadas personas, que están siendo acusadas por un probable delito. Inicia un retroceso a este avance.

Motivo por el cual la desconfianza en los mexicanos ha aumentado, respecto a cómo se imparte justicia en México, basta ver los procesos penales lentos y burocráticos, situación que desanima a las personas que se encuentran bajo el régimen de prisión preventiva, debido a que se someten a cárceles inseguras que están muy lejos de lograr la reinserción social.

3.2.- Derechos Humanos frente a la prisión preventiva.

Los Derechos Humanos aluden a principios con un valor moral o jurídico que funcionan con parámetros o ideales de justicia, tienen por objeto salvaguardar la Dignidad Humana de las personas, todos los derechos tienen la misma importancia, es decir si hablamos de derechos políticos, civiles, económicos, sociales o

culturales, todos en su conjunto son importantes para el desarrollo de una vida digna, sin embargo, cuando se impone una medida privativa de la libertad, todos estos derechos se ven transgredidos.

Cabe mencionar que los Derechos Fundamentales son garantizados por el Estado con base a los principios de universalidad, progresividad, interdependencia e indivisibilidad, tal y como menciona nuestra Constitución Política,¹³⁴ su incumplimiento por parte del Estado produce cuestionamiento de ilegitimidad política y fines sociales, es así que, cuando hablamos de universalidad, nos referimos a que dichos derechos siendo inherente a la persona misma, se le reconoce a todas la personas en general, sin distinción alguna, al referirnos al principio de progresividad, supone el compromiso del Estado para lograr la efectividad de estos derechos, de forma que se siga avanzando constantemente hacia una verdadera eficacia de los mismos.

Por último, las características interdependientes e indivisibles, trabajan en conjunto, el primero de ellos *“reconoce la dificultad (y en muchos casos la imposibilidad) de hacer efectivo cualquiera de los derechos humanos de forma aislada respecto de los demás”*¹³⁵ y el segundo reconoce que ningún Derecho Humano puede ser considerado inferior al otro, es decir no se puede distinguir entre un derecho y otro, entorno a su estructura y la forma de reconocerlo. Por lo consiguiente el Estado debe motivar las razones por el cual está limitando determinado derecho. En el caso que nos ocupa: el derecho a la libertad.

¹³⁴ **Art 1° párrafo 3 de la CPEUM.** - *“Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de **universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad**”.*

¹³⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo”, Nueva York y Ginebra, 2006, p. 50. Versión en línea disponible en la página web: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>, consultada en junio 2018.

Como se ha desarrollado anteriormente, el derecho a la libertad se encuentra vinculado con múltiples derechos, ha sido reconocido en diversos ordenamientos internacionales, y su afectación no solo se produce cuando el juez ejecuta una pena, sino también cuando impone una medida cautelar como es la prisión preventiva. Dentro de los antecedentes de las medidas cautelares, se encontró que la prisión preventiva, surge antes que la pena como condena, lo que refleja, que tras múltiples reformas que se han realizado a la justicia penal, aún siguen prevaleciendo actos que no son acordes al sistema democrático que se pretende construir –más aun cuando hablamos de la oficiosidad-.

Ahora bien, en la actualidad a pesar que se ha investido de muchas garantías a la personas que se sujetan a la prisión preventiva, y se ha establecido como una medida de carácter excepcional, en la realidad dista mucho de ser excepcional, debido a que cuando se deja la llave al juzgador de imponerla de manera oficiosa, sin que se encuentren suficientes elementos que justifiquen la necesidad de la cautela, más allá de asegurar el proceso; se basa en demostrar la culpabilidad para justificar a la prisión preventiva, quedando muy lejos de cumplir los fines procesales de una medida cautelar. Considero que la oficiosidad ha dejado entender que la prisión preventiva atiende la gravedad del delito y no los elementos de convicción que justifiquen que realmente es necesaria e idónea.

La prisión preventiva impuesta ante la falta de necesidad de la cautela, es sumamente lesiva, no únicamente afecta el derecho a la libertad, sino que también limita ampliamente el ejercicio de otros Derechos Fundamentales, no tomando en cuenta las condiciones tan limitativas que sufren las personas que se encuentran privadas de su libertad. Es por esta razón, que el juez al momento de limitar este derecho, no únicamente se requiere que las restricciones estén dispuestas en la ley y que ésta se tiene que aplicar conforme a ello, sino también tomando en cuenta lo anterior, debe de verificar que la restricción a la libertad se impone conforme a los principios analizados en el capítulo segundo: *principio de proporcionalidad*,

principio de idoneidad, principio de necesidad, de legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad e instrumentalidad.

No obstante de lo anterior y antes de entrar al estudio de la prisión preventiva y sus problemas al utilizarla por encima de las demás medidas cautelares, es necesario tener en cuenta que México ocupa el décimo lugar en el mundo con mayor número de personas que se encuentran privadas de su libertad y el primer lugar dentro de los países de centro América¹³⁶, lo que convierte en una situación alarmante para el país, sin embargo, aún es más alarmante cuando se demuestra el índice de las personas que se encuentran privadas de su libertad sin tener una sentencia condenatoria. De acuerdo a los datos arrojados por la *International Center for Prison Studies*¹³⁷, en el año 2017 se registraron 79,478 personas privadas de su libertad por la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar, lo que representa un 38.1% por ciento de la población carcelaria; en total más de una tercera parte de las personas reclusas en México se encuentran privadas de su libertad sin tener una condena, transgrediendo de esta forma otros derechos d suma importancia.



Figura 11: Elaboración propia basada en: datos de la *International Center for Prison Studies*.

¹³⁶ International Centre for Prison Studies, *Highest to Lowest - Prison Population Total*, versión en línea disponible en la web: http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All, consultada en febrero de 2018.

¹³⁷ International Centre for Prison Studies, *World Prison Brief dat*, versión en línea disponible en la página web: <http://www.prisonstudies.org/country/mexico>. Consultada febrero de 2018.

Algunos de los factores que se han detectado respecto al aumento de las personas privadas de su libertad, son las políticas de control social, que criminalizan y estigmatizan a los sectores de la población más vulnerables, así también como se ha mencionado anteriormente, el uso de la oficiosidad en la prisión preventiva.

No se pretenden demostrar que la aplicación de la prisión preventiva es equívoca, sino demostrar que es indispensable que se elimine la oficiosidad, para que a través de los principios que prevalecen en las actuaciones procesales, el ministerio público pueda solicitar la medida cautelar necesaria, conforme al caso en concreto y la defensa pueda debatir y proponer, de modo que, el Juez respetando el principio de imparcialidad, pueda tomar una decisión sustentándose en los principios anteriormente analizados; imponiendo la menos violenta para los Derechos Fundamentales del imputado. Porque a pesar de que las personas ingresan en su calidad de inocentes, en la práctica y al ser reclusos están padeciendo una sanción similar a las personas que ya se les ha considerado ser responsables de la comisión de un delito, no tomando en cuenta la estigmatización social, que sufren estas personas y otra serie de problemas¹³⁸, que se analizarán en los siguientes párrafos.

Uno de los principales objetivos de la reforma penal es exigir el respeto a los Derechos Humanos en todo momento desde la investigación hasta la ejecución. Por lo que hasta antes de que se decreta la culpabilidad; el derecho a la presunción de inocencia, juega un papel de suma importancia, debido a que obliga al ministerio público a probar la acusación sostenida, por lo consiguiente, si aún es considerado

¹³⁸ Como dato, Guillermo Zepeda Lecuna, menciona que ***“que casi 100 mil personas están en prisión esperando juicio y el costo económico de su manutención representa para los gobiernos de los tres niveles alrededor de 13 millones de pesos diarios, aparte de que las propias personas privadas de libertad y sus familias tienen pérdidas de mil 900 millones de pesos cada año que pasan bajo encierro, por el pago de defensa legal, el tiempo invertido en visitas y pagos ilegales derivados de la corrupción imperante en las cárceles”***. Zepeda Lecuna, Guillermo, *Prisión preventiva*, Instituto de Justicia Procesal Penal. Disponible en <http://ijpp.mx/el-sistema-de-justicia-penal/prision-sin-condena>, consultada Julio 2018.

inocente, lo más lógico sería que mientras espera su proceso penal, el imputado se encuentre en libertad, siempre y cuando no exista riesgo de fuga, o que pueda generar actos que obstaculicen la investigación o que genere un peligro para la víctima o sociedad.

Así, es importante destacar que en el anterior sistema los delitos previstos ante la prisión preventiva eran más de los que establece nuestra Constitución Federal y el Código Nacional de Procedimientos Penales actualmente. Hoy en día no se ha logrado una transición completa de todos los procesos penales, del viejo sistema al sistema de justicia acusatorio y oral, dando como resultado que personas se encuentren privadas de su libertad por la medida que contemplaba el anterior sistema, situación por el cual el legislador a establecido que las personas que se encuentren bajo el sistema del viejo proceso, tienen derecho a solicitar al órgano jurisdiccional la revisión de dicha medida privativa de la libertad, para que el Juez con base a la evolución del riesgo durante el proceso, pueda sustituirla por otra medida cautelar que no fuese privativa de la libertad¹³⁹.

3.3.- Prisión preventiva y pena.

Antes de abordar directamente los problemas de la prisión preventiva, conviene aclarar la distinción entre prisión preventiva y pena.

¹³⁹ Véase transitorio quinto del Código Nacional de Procedimientos Penales – *“Tratándose de aquellas medidas privativas de la libertad personal o de prisión preventiva que hubieren sido decretadas por mandamiento de autoridad judicial durante los procedimientos iniciados con base en la legislación procesal penal vigente con anterioridad a la entrada en vigor del sistema de justicia penal acusatorio adversarial, **el inculpado o imputado podrá solicitar al órgano jurisdiccional competente la revisión de dichas medidas**, para efecto de que, el juez de la causa, en los términos de los artículos 153 a 171 del Código Nacional de Procedimientos Penales, habiéndose dado vista a las partes, para que el Ministerio Público investigue y acredite lo conducente, y efectuada la audiencia correspondiente, el órgano jurisdiccional, tomando en consideración la evaluación del riesgo, resuelva sobre la imposición, revisión, sustitución, modificación o cese, en términos de las reglas de prisión preventiva del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como del Código Nacional de Procedimientos Penales. En caso de sustituir la medida cautelar, aplicará en lo conducente la vigilancia de la misma en términos de los artículos 176 a 182 del citado Código”*.

La prisión preventiva o prisión sin condena, es una medida cautelar señalada en la Constitución Federal y en el Derecho internacional, con carácter excepcional, es decir es la última medida que el juzgador en teoría debería de imponer, debido al gran impacto que genera no solo a la persona procesada, sino también a sus familiares y al mismo Estado al generarle un costo económico alto, actualmente se ha documentado por especialistas en la materia que la prisión preventiva, ha excedido su aplicación por parte de los juzgadores, lo que se ve reflejado, en el aumento de la población carcelaria, generando un encarecimiento en la administración y por lo consiguiente se garantizan malas condiciones de vida para los internos.

Ahora bien, la prisión preventiva a diferencia de la pena, el legislador nos ha establecido que las personas que ingresen a los centros de reclusión, gozaran de un derecho fundamental, que es la “presunción de inocencia”, por lo que no serán tratados como delincuentes, puesto que aún no se les ha decretado la culpabilidad, sin embargo, es de preguntarse ¿Qué condiciones diferencia a las personas que están privadas de su libertad, por la imposición de una medida cautelar, de quienes estar cumpliendo una condena?, la respuesta a pesar de que nuestra Constitución en el párrafo primero del artículo 18, establezca que el sitio donde se encuentren será totalmente distinto, las condiciones materialmente, son completamente semejantes.

3.3.1.- Prisión preventiva oficiosa.

Una de las causas que ha generado gran aumento de la población carcelaria, es precisamente, la aplicación de la prisión preventiva de oficio, es decir basta con que se señale indicios de que existe un probable delito que pertenece al catálogo de la Constitución o del Código, para que el juzgador de oficio imponga una medida cautelar privativa de la libertad. Es decir, ante la oficiosidad, las partes en el proceso, omiten la argumentación y contra-argumentación, de la medida cautelar idónea para el caso en específico. Las leyes antes mencionadas, enlista una serie de delitos que

el legislador ha implementado, considerándolos como delitos graves. Generalizando que cualquier probable participación o indicio que pueda vincularse ante esta lista, se requiere de la aplicación restrictiva de la libertad.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (Artículo 19, párrafo segundo).	Código Nacional de Procedimientos Penales. (Artículo 167, párrafo séptimo).
<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Delincuencia organizada</i> 2. <i>Homicidio doloso</i> 3. <i>Violación</i> 4. <i>Secuestro</i> 5. <i>Trata de personas</i> 6. <i>Delitos cometidos con medios violentos como Armas y explosivos</i> 7. <i>En contra de la seguridad de la nación</i> 8. <i>El libre desarrollo de la personalidad</i> 9. <i>Delitos contra la salud.</i> 	<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Homicidio doloso</i> 2. <i>Genocidio</i> 3. <i>Violación</i> 4. <i>Traición a la patria</i> 5. <i>Espionaje</i> 6. <i>Terrorismo</i> 7. <i>terrorismo internacional</i> 8. <i>Sabotaje</i> 9. <i>Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho.</i> 10. <i>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.</i> 11. <i>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.</i> 12. <i>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</i> 13. <i>Pederastia</i> 14. <i>Tráfico de menores</i> 15. <i>Contra la salud</i>

Como se puede notar no obstante que la Constitución establece una lista de delitos que son demasiado extensos conforme a su interpretación como: delitos cometidos con medios violentos como Armas y explosivos, en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la salud, el Código Nacional, establece más delitos, de los previsto por la Constitución, lo que se ha convertido desde este punto, en exceso de la aplicación oficiosa de la prisión preventiva. No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que esta lista no es limitativa, sino enunciativa, por lo cual el juzgador puede imponer, la medida restrictiva de la libertad a solicitud del ministerio público, aun tratándose de delitos que no están en la lista de ambos ordenamientos.

Sirve de sustento la siguiente tesis: **Prisión preventiva en el sistema procesal penal acusatorio. el listado de delitos por los que debe ordenarse oficiosamente la imposición de esta medida cautelar, prevista en el artículo 19 de la constitución federal, no limita las facultades legislativas de los estados o la federación para considerar aplicable esa medida cautelar a otros ilícitos.**

“Si bien es cierto que el precepto constitucional mencionado hace un listado de delitos respecto de los cuales debe ordenarse forzosamente la prisión preventiva oficiosa, también lo es que ello no debe considerarse exclusivamente como un aspecto estrictamente limitativo, sino potencialmente ejemplificativo o enunciativo”¹⁴⁰.

En este orden de ideas también cabe destacarse, que la redacción del artículo 19, párrafo segundo de la constitución, resulta impreciso respecto a que delitos son los que considera graves; así también al enunciar los delitos, no es clara la redacción a que conducta hace referencia, para comprender mejor se transcribe el presente artículo:

¹⁴⁰ Tesis: II.2o.P.64 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, mayo de 2018, Tomo III, 2016873, p. 2741.

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

Cuando establece el legislador, “así como delitos graves”, posteriormente de haber mencionado a los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, da a entender que los delitos anteriormente descritos a esta frase, no son graves, considerando delitos graves únicamente los que establece posterior a esta frase.

No obstante, y atendiendo a cada uno de los delitos descritos en este artículo, resulta totalmente impreciso;

<p>Delincuencia organizada.</p>	<p>Artículo 2 de la <u>Ley Federal contra Delincuencia Organizada.</u></p> <p><i>Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:</i></p> <p><u>Los delitos a que se refieren anteriormente que sean</u></p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Terrorismo, 2. Financiamiento al terrorismo, 3. Terrorismos internacionales, 4. Contra la salud, 5. uso de moneda falsificada y falsificación. 6. Operadores con recurso de procedencia ilícita 7. en materia de derecho de autor. 8. Acopio y tráfico de armas. 9. Tráfico de órganos. <p>MENORES DE 18 AÑOS O PERSONAS QUE NO TIENEN CAPACIDAD PARA RESISTIRLO.</p> <ol style="list-style-type: none"> 10. corrupción
--	--	--

	<p><u>cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada, serán investigados, procesados y sancionados conforme a las disposiciones de esta Ley.</u></p>	<p>11. Pornografía. 12. Turismo sexual. 13. Lenocidio. 14. Asalto 15. Tráfico de menores. 16. Robo de vehículos. 17. Contrabando y su equiparable. 18. Contra el ambiente.</p>
Homicidio doloso.	<p>Códigos Penales. Admite varias modalidades.</p>	<p>1.Homicidio simple. 2. Homicidio calificado. 3.Homicidio en estado de emoción violenta. 4. Homicidio Familiar.</p>
Violación	<p>Códigos Penales. Admite varias modalidades.</p>	<p>1. violación. 2. Violación equiparada.</p>
Secuestro	<p>Al que prive de la libertad a otro.</p>	
Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos	<p>Ley federal de armas de fuego y explosivos <u>El catálogo de armas es realmente amplio.</u></p>	<p>1. Las pistolas calibres .38 Super y .38 Comando, y también en calibres 9 mm. las Mausser, Luger, Parabellum y Comando, así como los modelos similares del mismo calibre de las exceptuadas, 2. Revólveres calibre .357 Magnum. Las previstas para el uso exclusivo del ejército, armada y</p>

		fuerza aérea, establecida en el artículo 11 de la citada ley.
Delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación	Código Penal Federal.	1.Espionaje 2. Sedición 3.Motín 4. Terrorismo nacional e internacional 4. Rebelión 5.Sabotaje 6. Conspiración
Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad	Delitos que involucren a menores de edad y personas que no tienen capacidad de entender las circunstancias del hecho.	Gran parte de los delitos.
Delitos en contra de la salud	El concepto de salud es sumamente extenso, uno de los mayores problemas que se ha enfrentado el país son los narcóticos.	Disponible en la <u>Ley General de Salud.</u>

En este mismo sentido, observando la amplia gama de delitos, resulta contrario a los fines del Sistema de Justicia penal, la aplicación de la prisión preventiva de forma automática y obligatoria, como se pretende realizar a través de la oficiosidad. Ramírez Delgado considera que la redacción de este apartado de la Constitución no es del todo clara ni acertada, *“sino que contiene un gran número de incongruencias y ambigüedades que hacen dudar de su eficacia”*¹⁴¹

Como antecedente es importante mencionar que en 1996 surge en nuestro ordenamiento jurídico la *Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada*, con la

¹⁴¹ Ramírez Delgado, Juan Manuel, *Los delitos graves en la reforma constitucional penal de 2008*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, numero 28, 2009, p. 101-122.

intención de combatir un fenómeno delictivo, cuyas características eran de organizaciones delictivas de gran poder económico y de armamentista, las cuales eran difíciles de perseguir y, por lo tanto, de procesar. A tal grado que, si llegase a procesar, juzgar y sentenciar a uno de sus miembros, inclusive desde el interior de los centros de reclusión y penitenciarios pueden seguir operando con estas organizaciones. Es una realidad que sucede en los centros de reclusión.

El artículo 16 constitucional, en su párrafo séptimo establece la posibilidad del arraigo en casos de delincuencia organizada, con una duración máxima de 40 días. El párrafo octavo, nos da la definición y remite a la ley reglamentaria. El párrafo noveno permite la duplicación del plazo de retención ante el Ministerio Público; ante esta situación es de notarse, el tiempo que las personas se encuentran privados de su libertad, sin antes tener una sentencia condenatoria. Por lo que respecta al sistema penitenciario, el artículo 18 constitucional, en sus dos últimos párrafos, indica la necesidad de centros especiales para la reclusión preventiva y de ejecución de sanciones en materia de delincuencia organizada; aunado a lo anterior, se podrá restringir el derecho a las comunicaciones de los procesados por delincuencia organizada con terceros. De lo que se puede apreciar limitantes a sus derechos fundamentales y por lo tanto violaciones a su debido proceso.

Es así que la prisión preventiva, solo puede utilizarse, cuando sea a través de fines estrictamente cautelares, es decir, lograr garantizar el desarrollo del proceso y a futuro el cumplimiento de la hipotética sentencia, y esto se va a lograr evitando el riesgo de fuga y de obstaculización durante la investigación, de modo que, si se atiende a otros fines que no son precisamente cautelares, se pervierte su finalidad y naturaleza. No importa si hablamos de delitos que como sociedad pueda generar un impacto grande, al presenciar su libertad, es importante analizar la necesidad de la cautela, para imponerla. Porque es evidente que en la mayoría de los delitos que generan una alarma social, no se logra la captura de los grandes líderes, sino más bien de personas que tienen un bajo poder en estas organizaciones. Incluso en los delitos contra la salud, es muy común la captura de

persona que trafican cantidades menores, que quizás se encuentra bajo amenaza, o en calidad de “mulas”, o que portan pequeñas cantidades para su consumo. Situaciones que valdrían la pena, analizar, para verificar que la privación de la libertad, es realmente necesaria. Y no únicamente basarse en la relación de la probable conducta delictiva, a través del catálogo de delitos graves de imposición oficiosa.

3.3.2 Pena.

En la pena a diferencia de la prisión preventiva, se actualiza el último elemento de la teoría del delito “la culpabilidad”. Para Bernaldo de Quirós la pena “es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito”¹⁴². Una vez que a través de la parte adjetiva o procesal se ha logrado determinar la responsabilidad de una persona, emitida por sentencia condenatoria ejecutoriada, entonces, entramos a la tercera columna del sistema de justicia penal “la ejecución” (véase capítulo primero).

Para Miguel Ontiveros Alonso determinada la pena a través del Derecho penal y las divide en *justificacionista* y *abolicionistas*, de las cuales la primera busca legitimar al derecho explicando el fin de la pena desde dos vertientes; una *teoría relativa*, que a su vez esta se divide en: una prevención general (dirigida a la sociedad) y una prevención especial (dirigida al ciudadano en particular) o la teoría absoluta o retribucionista de la pena, en donde se justifica a través del derecho penal: devolverle al delincuente el daño causado y la abolicionista pretende la desaparición del derecho penal por considerarlo ilegítimo¹⁴³.

En torno a lo que respecta a la pena no debemos de perder de vista, que la ejecución de una pena privativa de la libertad, no debe de pasar por alto el respeto de los Derechos humanos, por lo que el Estado deberá velar porque no se vulnere

¹⁴² Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales del derecho penal*, Porrúa, México, 2010, Pg. 317.

¹⁴³ Ontiveros Alonso, Miguel, *Derecho penal parte general*, México, UBIJUS, 2017, p.31-50.

la dignidad de las personas reclusas, más aún cuando hablamos de personas que tienen la calidad de inocentes. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que *“la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo”*¹⁴⁴.

Como se ha planteado en el párrafo anterior la prisión preventiva en teoría, es diferente al encarcelamiento como pena, debido que ante la primera figurara nos encontramos ante una medida de carácter provisional en donde la persona a la que se le imputa un delito, cuenta con el principio de presunción de inocencia, previo a esto, en la imposición de esta medida cautelar se realiza sin una declaración de culpabilidad. Sin embargo, a pesar de existir una separación entre las personas que han sido sentenciadas y las personas que aún están siendo procesadas, la realidad es que las condiciones en las que se encuentran son muy parecidas.

La defensa representa un papel de suma importancia en este sentido¹⁴⁵, cuando hablamos en la actualidad de delitos que no son considerados oficiosos, la defensa debe argumentar su actuación en el acto procesal de medidas cautelares, derivado de los argumentos que el juez escuche, podrá determinar, cual es la que considera más idónea, es por esta razón que se requiere de una defensa calidad, para prevenir que no se pueda incurrir a la prisión preventiva por falta de

¹⁴⁴ Tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Libro 33, agosto de 2016, Tomo II, p. 633.

¹⁴⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiere en su informe sobre el uso de la prisión preventiva de las Américas 2013, **“que los defensores deben de ser capaces de promover información y argumentos específicos dirigidos a ofrecer al juez condiciones de confiabilidad para el mantenimiento de la libertad. Así como elaborar argumentación específica relativa a las condiciones fácticas que hacen improcedentes aquellas medidas cautelares que no sean necesarias o proporcionales al caso en concreto; y relativa al plazo judicial de la prisión preventiva, en los casos en que esta sea precedente”**

preparación de la defensa.

Las políticas criminales que ha implementado el Estado, en su afán de mantener el orden público a través de la implementación de medidas que restrinjan la libertad del individuo, no ha reducido la tasa de criminalidad, pero si ha implementado el número de personas en los centros de reinserción social.

Para Miguel Sarre¹⁴⁶, los fines de la pena se muestran a través de las reformas constitucionales en los siguientes conceptos.

1917	Reforma de 1964-65	Reforma de 2008.
Regeneración.	Readaptación social.	Reinserción social o reintegración social.

Actualmente hablamos de reinserción social, teniendo como objetivo principal la reintegración a la sociedad, posteriormente de haber cumplido con la pena correspondiente. En teoría la ejecución penal debe de respetar diversos derechos de los internos que les garantice una vida digna, a la vida privada y familiar y todos los derechos inherentes que como persona le corresponde, tanto a las personas que están cumpliendo una pena privativa de la libertad, como de quienes están espera del proceso, a través de la prisión preventiva, al inicio de este párrafo mencionamos “en teoría”, porque la realidad en los centros de reclusión en México dista, mucho de ser garante de derechos.

3.4.- Prisión preventiva oficiosa y los problemas al imponerla como medida cautelar.

La prisión preventiva con su carácter de excepcional, busca evitar que el imputado pueda realizar alguna actividad que impida el desarrollo del proceso o en

¹⁴⁶ Sarre Miguel, *Debido proceso y ejecución de la penal, Reforma constitucional de 2008*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, 2011, p. 251.

su caso la ejecución de la sentencia, sin embargo, no se analiza la necesidad de la misma, y se recurre constantemente a la privación de la libertad de las personas.

La privación de la libertad ya sea a través de la imposición de una pena o como una medida cautelar a través de la prisión preventiva ha sido considerada una de las medidas cautelares más severas que el Estado puede aplicar a través del *ius Puniendi*. Para sentar las bases de esta investigación, es necesario mencionar los problemas que se suscitan al imponer la prisión preventiva, primeramente se debe de tener en cuenta que formalmente no debe de considerarse una pena por no actualizarse la culpabilidad como elemento normativo, sin embargo, materialmente si lo es, debido a las condiciones en que se encuentra una persona, mismas que pueden llegar hacer similares a las persona que ya han sido sentenciadas; no obstante que el artículo dieciocho Constitucional nos señale que “*el sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados*”.

Restringir la Libertad, sin antes realizar un estudio de cada caso concreto, es decir imponer prisión preventiva oficiosamente sin antes analizar el impacto que traerá para la persona que se encuentre sujeta a un proceso, va en contra del principio de la presunción de inocencia y el debido proceso, lo que trae consigo grandes problemas no solamente laborales, económicos, psicológicos, si no también sociales y un sinnúmero de derechos afectados.

Ha de advertirse que entre más personas se encuentren en prisión, el Sistema de Justicia Penal es más ineficiente, debido a la falta de capacidad de los operadores de atender las necesidades de las personas reclusas¹⁴⁷, sin pasar por alto el costo social que representa para el imputado (si el objetivo del sistema es restaurar el daño causado, poner al imputado en esta situación lo deja sin posibilidad de poder resarcir el daño), a pesar de esto, no es el único afectado, siendo que implica un gasto inmenso para los familiares e incluso para la misma

¹⁴⁷ Es importante destacar que las necesidades entorno a los cuidados de salud, varían dependiendo el sexo. Las personas: las mujeres requieren mayores cuidados, debido a que sus necesidades son distintas a los varones.

sociedad, así también, se carece de infraestructura física, de operadores, así como de presupuesto, para atender a todas las personas que se encuentran privadas de su libertad, antes de ser condenados y posteriormente de tener una sentencia, no tomando en cuenta que a la par de la pérdida de la libertad pierden otros derechos de suma importancia, últimamente se ha recurrido al uso abusivo de la prisión y con ello la vulneración de los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad.

No debe de perderse de vista que la prisión preventiva se ha implementado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, únicamente para delitos graves, sin embargo, en la realidad se sigue solicitando esta medida para delitos no graves, cuando se justifica la necesidad de la misma.

Al respecto Islas Olga, afirma que *“la prisión preventiva tiene el carácter de una pena, fácticamente ambas se basan en la privación de un bien, siendo uno de los bienes más preciados del ser humano, como lo es la libertad y también la prisión preventiva al igual que la pena es decretada por el órgano jurisdiccional y ejecutada por el órgano ejecutivo”*¹⁴⁸. Para el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 165¹⁴⁹, establece que habrá lugar a la prisión preventiva cuando el delito tenga pena privativa de libertad. Por lo consiguiente en su mayoría de los delitos que establece el Código Penal del Estado de Chiapas establece como pena la prisión, sin embargo, ha de destacarse que el legislador optó por extraer ciertos delitos que ha de considerar graves, para la implementación de la prisión preventiva de manera oficiosa y no necesariamente a solicitud de la necesidad de esta medida cautelar, generando un impacto inminente a la sociedad que puede estar sujeta a un proceso penal, ante estas situaciones.

Ahora bien, la Constitución no establece límites respecto a la imposición de la

¹⁴⁸ Citado por Barrita López, Fernando A., prisión preventiva y ciencias penales, México, Porrúa, segunda edición, 1992, p. 91

¹⁴⁹ **Artículo 165 del Código Nacional de Procedimientos Penales.** *“Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva”.*

prisión preventiva y es claro de notarse cuando establece en su artículo 18 primer párrafo, *“solo por delito que merezca pena privativa de la libertad habrá lugar a la prisión preventiva”*, por lo que nuestro Código Penal del Estado de Chiapas de los delitos que tiene tipificado, todos tienen como sanción la pena privativa de la libertad de algún modo, estableciendo el legislador de esta forma reglas, dejando a un lado la excepcionalidad de la misma. Derivado de una revisión de los delitos a nivel federal se encontró que, *de 202 delitos, únicamente 19 no contemplan la prisión*. Lo anterior quiere decir que prácticamente *el “90% de las conductas consideradas como delito, tienen como sanción la privación de la libertad. El otro porcentaje contempla dentro de sus sanciones: trabajo en favor de la comunidad, multa, destitución, inhabilitación, suspensión de derechos políticos y caución de no ofender”*.¹⁵⁰

Ahora bien, la prisión preventiva únicamente destaca ser excepcional cuando sea utilizada con la finalidad de que el imputado comparezca al procedimiento penal, que no se obstaculice el procedimiento o proteger a la víctima u ofendido. Si no es impuesta porque se actualiza alguno de estos supuestos, realmente se estaría violando derechos del imputado. En todo momento debe de tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad a la aplicación de la medida cautelar, es decir, debe de existir un equilibrio entre el delito que se está imputando y la medida que se está imponiendo, de modo que pueda provocar la menor afectación posible a la persona sujeta a proceso.

Derivado de lo anterior, y atendiendo los problemas que se han suscitado en torno al exceso de personas privadas de la libertad, los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA), a través de sus informes, han identificado un aumento de la población carcelaria, así como la vulnerabilidad y los riesgos a los que están expuestos determinados grupos sociales, como los jóvenes, mujeres y la población de escasos recursos. Por lo que

¹⁵⁰ Mercedes Llamas, *Presunción de Inocencia II*, Sin embargo. Disponible en la página web: <http://www.sinembargo.mx/opinion/18-06-2014/24806>, Consultada de 2018.

se busca promover alternativas al encarcelamiento, a manera en que todo momento se considere crear políticas públicas que respeten los Derechos Humanos, así como el enfoque de género, por lo que es necesario como se mencionaba en párrafos anteriores que exista una verdadera proporcionalidad; en torno a la gravedad de la conducta y la imposición de la pena.

La necesidad de buscar alternativas al encarcelamiento, se ha convertido en uno de los principales enfoques de la OEA, de modo que las respuestas a estos problemas se han convertido en un desafío complejo, que genera una infinidad de efectos negativos, a la salud, a la convivencia social, incluso en la integración de un verdadero Estado Democrático de Derecho; se ha perdido la confianza hacia la efectividad de las políticas públicas.

En consecuencia, hay que tener en cuenta que las políticas públicas, lejos de ser sociales y elaboradas con la finalidad de la protección de Derechos Humanos, son elaboradas en torno a políticas punitivas. Ejemplo de ello es el endurecimiento del ejercicio penal en torno aquellos delitos que son considerados graves para el legislador, sin antes analizar la situación o la vulneración de otros derechos que se le puede afectar a la persona que se le impone, ejemplo de ello es cuando estamos ante personas vulnerables, como jóvenes, mujeres, personas indígenas o incluso personas de la tercera edad o personas LGBTTTI (Lebianas, Geys, Bisexual, Trans e Intersexual), quienes actualmente han sido víctimas de múltiples violaciones del Sistema de Justicia Penal.

Analizados los problemas que trae consigo la imposición de la prisión preventiva, es necesario tener en cuenta los fines que va a cumplir al ser impuesta y las consecuencias que pueda generar a las personas; esto se trata de que dicha medida cautelar debe de ser necesaria, proporcional e idónea; al ser una medida cautelar muy lesiva para la persona que se le ha de imponer, se debe de verificar que su imposición no es inadecuada.

La cárcel no es una solución al problema de criminalización, es una falacia pensar que alguien puede ser reintegrado a la sociedad aislándola. En México aún no se ha logrado implementar como derecho fundamental que las personas que hayan sido sometidas a un proceso penal y se les haya impuesto como medida la prisión preventiva en donde no se les compruebe su culpabilidad y sean absueltos puedan reclamar al Estado una indemnización por inexistencia objetiva o subjetiva del hecho¹⁵¹, tal y como lo reconoce la Constitución Española.

Por otra parte, es importante destacar que las medidas cautelares deben de adaptarse conforme al derecho vigente debido a que el ordenamiento jurídico va a variar dependiendo el lugar en la que se aplique. Aguilar Aranela Cristian, considera que *“la prisión preventiva solo debe de proceder cuando las demás medidas fueran estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad de la víctima u ofendido y de la sociedad”*¹⁵², siendo necesario antes de imponerla que el fiscal o el ministerio público, hubiere formalizado la investigación con elementos que justifiquen la existencia del delito, y se pueda presumir que el imputado a tenido participación, existiendo sospecha que pudiera obstaculizar la investigación a través de la modificación y destrucción de pruebas o incluso cuando se trate de poner en riesgo a la víctima u ofendido y los testigos.

La medida cautelar se puede tomar como el resultado de los actos que realizan las partes, el órgano jurisdiccional en donde asegure el cumplimiento de una ejecución definitiva. Finalmente, y aunado a lo anterior, es impórtate mencionar que las condiciones que los procesados se someten ante la prisión preventiva como medida cautelar, pueden lograr mayores violaciones al debido proceso, ya que se somete a la privación de un bien jurídico fundamental como lo es la libertad.

¹⁵¹ Marcos González María, “El derecho del imputado y del acusado: Jurisprudencia Europea y Constitucional” en *Los sujetos protagonistas del derecho penal*, coord. Chozas Alonso, José Manuel y otros, Dykinson S.L, Madrid, 2015, p. 323.

¹⁵² Aguilar Aranela, Cristian, *Medidas cautelares personales y reales en el proceso penal*, Editorial Metropolitana, Chile, 2014, p. 77.

3.5.- Consecuencia de la aplicación de la prisión preventiva en exceso.

Una de las reformas posteriores al Sistema de Justicia Penal Acusatorio, fue precisamente la reforma al sistema penitenciario, en donde se exige un mayor respeto a los Derechos Humanos de las personas que se encuentran privadas de su libertad, tal y como lo establece el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁵³.

Sin embargo, el exceso de las personas privadas de su libertad contribuye una forma notable de sobrepoblación y hacinamiento, no obstante, las condiciones de vida de las personas en los reclusorios, son sumamente difíciles lo que coloca a determinados grupos en situación de vulnerabilidad, cuando hablamos de mujeres, personas indígenas, personas con discapacidad e incluso a la comunidad LGBTTTI (Lesbina, Gay, Bisexual, Transexual, Transgénero, Travesti, Intersexual). Sin que pase inadvertido que la sociedad es un gran generador de prejuicio social, para todas aquellas personas que se han visto involucrados en un proceso penal, peor aún, cuando han sido privados de su libertad, debido a que se comienzan actos discriminatorios. La magnitud de discriminación que viven estas personas, es realmente preocupante, el rechazo que sufren por parte de la sociedad por los prejuicios y estereotipos que se han creado a lo largo de los años ha impedido que puedan desarrollar una vida normal posteriormente de haber quedado en libertad, ya sea después del dictado de una sentencia absolutoria o que hayan cumplido su condena.

A pesar de las diversas modificaciones normativas nacionales e internacionales que giran en torno al respeto de los Derechos Humanos de las personas que se encuentran privadas de su libertad, se ha detectado que las condiciones carcelarias en la mayoría de las instituciones penitenciarias, están muy

¹⁵³ Artículo 18 de la CPEUM, *“El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto”.*

lejos de garantizar una vida digna, se ha detectado: “*deterioro, insalubridad y falta de mantenimiento de las instalaciones insuficiente acceso a los servicios de salud física y mental; falta de opciones de desarrollo personal y social; prácticas de tortura, y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; así como las violentas luchas internas de poder por el control de los espacios*”¹⁵⁴. Situación que se ha convertido en uno de los primeros desafíos que tienen los Estados, al hacer frente a situaciones urgentes que vulneren gravemente los Derechos Humanos de las personas reclusas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁵⁵, ha observado que algunos de los problemas más graves giran en torno a:

<i>Hacinamiento y sobrepoblación.</i>	<i>Falta de medidas efectivas para los grupos vulnerables.</i>
<i>Falta de provisión de servicios básicos.</i>	<i>Exceso en el uso la prisión preventiva. (repercute en la sobrepoblación carcelaria).</i>
<i>altos índice de violencia carcelaria/ falta de control de las autoridades.</i>	<i>Corrupción y falta de transparencia en los centros penitenciarios.</i>
<i>Uso excesivo de la fuerza por parte de la seguridad</i>	

Tal y como se menciona en el recuadro anterior, se puede notar que los problemas van de la mano, con la falta de atención por parte del gobierno del Estado, por lo que recurrentemente recaen en actos de corrupción y violencia por parte de la autoridad encargada de su administración, sumando a esta problemática,

¹⁵⁴ Informe sobre la situación de las personas privadas de la libertad en México, (ASILEGAL y IDHIE), Washington, DC, 23 MARZO 2012, p.17.

¹⁵⁵ *Informe de Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 2011, p.10.

el reproche de la sociedad, y la falta de interés respecto a o los problemas que surgen dentro de estos centros de reclusión.

La falta de una defensa adecuada también ha repercutido en el uso excesivo de la prisión preventiva. Derivado del Observatorio Ciudadano de Sistema de Justicia; se concluyó que el incremento del uso de la prisión preventiva, es debido a *“la falta de defensa adecuada frente a la solicitud de la prisión preventiva tanto justificada como oficiosa, la perversión donde la defensa parece bajar la guardia, en automático a pesar de existir un múltiple de convenciones que permiten fundar la oposición a esta medida cautelar”*¹⁵⁶. Es decir, no basta que la legislación indique que determinado delito impone a la prisión preventiva de oficio, en apoyo a múltiples ordenamientos internacionales que justifican su excepcionalidad, se puede solicitar la modificación de la medida cautelar, aunque se encuentre dentro de los delitos oficiosos. Sin embargo, es casi nula la idea, para los operadores y defensores del sistema penal debido a que atienden únicamente lo señalado en la legislación nacional e ignoran y desconocen las obligaciones internacionales del Estado en la materia, ejerciendo contra ellas una justicia parcial.

No se ha logrado comprender por muchos operadores del sistema que el derecho penal, no tiene la finalidad de sancionar, éste no puede ir más allá de lo que señale los principios rectores de los Derechos Humanos y siempre debe de tener como eje rector salvaguardar el libre desarrollo de la persona. Al hacer alusión a estas reformas, se debe comprender el límite del Estado, para no ejercer violencia (el primer generador de violencia es el mismo Estado).

Finalmente, se puede decir que la prisión preventiva requiere de mayores esfuerzos en torno al género, debido a que el proceso de reclutamiento y formación es muy distinto, entre hombre y mujeres, se ha documentado a través de estudios recientes, que la mayoría de los delitos que las mujeres han incurrido, es debido a

¹⁵⁶ Observatorio Ciudadano de Sistema de Justicia, Prisión preventiva y defensa de calidad un indicador de justicia, México, OCSJ, 2018, p. 36.

la violencia que sufren por sus parejas o familiares, o delitos que han sido cometido por sus parejas, quienes a través de manipulaciones o engaños, las involucran en los hechos ocurridos (como el secuestro, robo y homicidio), la necesidad por ser mujeres cabezas del hogar, el bajo nivel de educación, por ser personas indígenas en la mayoría de los casos, entre otros factores. Situaciones que, si se analizan no a través de la gravedad del delito, si no la circunstancias del caso, traerá resultados diferentes, al de la prisión preventiva.

Para simplificarlo mejor se analizará a través de un ejemplo:

Una mujer que sufre constante violencia por parte de su pareja, decide privarlo de la vida, toda vez que su agresor comienza agredir a sus hijos menores de edad. Ante tal situación y posterior de los hechos, ella acude ante las autoridades correspondientes para denunciar lo ocurrido.

– Analicemos el caso a través de las finalidades de la medida cautelar-

Homicidio doloso – Prisión preventiva oficiosa.



Peligro de fuga. No existe, toda vez que ella misma está denunciando los hechos, por lo que se aprecia su colaboración en el proceso.

Obstaculización de la investigación: No hay, toda vez que es una persona de bajo recursos, no existen testigos de los hechos.

Peligro de la víctima o sociedad: No hay víctima y no representa un peligro a la sociedad, por la forma en que se suscitaron los hechos.

Derivado del análisis del ejemplo anterior, se puede apreciar que las circunstancias, siempre van a varias, por lo cual, no se puede establecer la oficiosidad, porque el delito suele ser grave. Debido a que las circunstancias ante cada caso en concreto son totalmente distintas, por lo que se debe de respetar el principio de contradicción, para que con base a ello se pueda tomar la determinación de qué medida cautelar es la más adecuada¹⁵⁷.

3.6.- Breve análisis a la Ley de Ejecución y Sanciones Penales.

A pesar de los avances normativos que se han logrado tras las reforma constitucional e instrumentos internacionales, en la práctica sigue siendo un verdadero desafío lograr que se garanticen derechos básicos de las personas que se encuentran privadas de su libertad.

No obstante, La Ley de Ejecución y Sanciones Penales, es una de las más importantes transformaciones que México ha experimentado a través de la reforma de justicia penal y Derechos Humanos, creada con la finalidad de garantizar la protección de los derechos Humanos de las personas privadas de su libertad. A través de este ordenamiento jurídico se establecen normas que deben de observarse durante el internamiento de la prisión preventiva, la ejecución de penas y las medidas de seguridad impuestas como consecuencia del proceso penal. Así también, una de las ideas de judicializar la etapa de ejecución es precisamente la

¹⁵⁷ ***“Es al Ministerio Público a quien corresponde la carga procesal de solicitar la prisión preventiva justificada, así como demostrar y justificar por qué otras medidas cautelares son insuficientes para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento, además de aportar los medios de prueba necesarios y argumentos objetivos que permitan al juzgador determinar que resulta idónea, proporcional o necesaria, y no limitarse a mencionar genérica y subjetivamente que la medida cautelar consistente en la prisión preventiva justificada, es suficiente para continuar adecuadamente con la investigación”.*** Véase, Tesis: VI.2o.P.45 P (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Registro: 2017568, 10 agosto de 2018.

figura del juez de ejecución, quien recae garantizar los presupuestos del debido proceso, otorgando mayor certeza jurídica a la persona que se encuentran en los centros de reinserción.

En esta ley se establecen procedimientos para resolver las controversias que surjan con motivo de la ejecución penal, reconoce a las personas privadas de su libertad como sujetos con derechos y obligaciones y no como sujetos de tratamiento como se venía haciendo, regula los medios para contribuir en una reinserción social; es decir ante la finalidad de mejorar las condiciones de las personas que se encuentran privadas de su libertad, ofrece diversas alternativas de reinserción social: libertad anticipada, libertad condicionada, arresto domiciliario y trabajo en favor de la comunidad, también se encuentra diseñada con enfoque de género, para personas indígenas e incluso para los hijos de las madres reclusas.

La cifra de mujeres que se encuentran privadas de su libertad, ha ido en aumento, *“en su mayoría son mujeres pobres, con historias de violencia, incluyendo violencia física y sexual, responsables de delitos menores y no violentos, con problemas de salud mental o de dependencia de sustancias psicoactivas, sin antecedentes penales y con niveles de estudio muy bajos. Generalmente cuentan con una baja o nula capacitación para el trabajo y un historial laboral marcado por la informalidad y la precariedad”*¹⁵⁸. Ante tal situación la ley de ejecución presunta mayor interés a estos problemas, debido a que, a diferencia de los varones, existen muchos factores que requieren mayor atención y protección, ejemplo: el tema de mujeres madres con niños viviendo en los centros de reclusión.

¹⁵⁸ Giacomello Corina, *La ley Nacional de Ejecución de las Sanciones Penales con perspectiva de género*, Defensor, Revista mensual de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, editada por el Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF, 2016, p. 18.

3.7 Medidas alternativas al encarcelamiento para personas que han cometido delitos de drogas menores y no violentos.

Derivado del análisis de los párrafos anteriores es importante destacar que la prisión preventiva, no es la única opción del Estado para combatir el problema de las drogas, sobre todo si hablamos de delitos, cometidos por posesión o consumo, cultivo en pequeña escala (campesinos o indígenas que lo utilizan para su consumo personal), pequeños transportistas a los que comúnmente conocemos como mulas o aquellos que debido a su adicción han cometido delitos menores. No importa ante qué circunstancias nos encontremos, es un delito que se encuentra en nuestra Constitución Mexicana, como un delito grave, por lo cual, la prisión preventiva se aplica oficiosamente.

Cabe destacar que gran parte de los Estados recurren al Derecho Penal, como respuesta a los problemas de drogas, imponiendo penas severas, que no permiten pasar de la prohibición y la violencia que genera su lucha, a la utilización de verdaderos mecanismos que se enfoquen a una prevención. La necesidad de buscar alternativas al encarcelamiento, se ha convertido en uno de los principales enfoques de la OEA y CICAD¹⁵⁹, señala que las respuestas a estos problemas se han convertido en un desafío complejo, que genera una infinidad de efectos negativos, a la salud, a la convivencia social, incluso en la integración de un verdadero Estado Democrático de Derecho; se ha perdido la confianza hacia la efectividad de las políticas públicas.

No hay que omitir mencionar que, dentro del marco Internacional de control de drogas, integrado por las tres Convenciones de las Naciones Unidas¹⁶⁰, han establecido, que los países pueden adoptar medidas estrictas para proteger la salud

¹⁵⁹ Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas.

¹⁶⁰ OEA, SSM, CIAAD, Informe técnico sobre alternativas al encarcelamiento para los delitos relacionados con las drogas, disponible en: http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/dtca/publications/InformeSobreAlternativasEncarcelamiento_SPA.pdf, p.13. Consultada en agosto de 2018.

pública o el bienestar o evitar suprimir el tráfico ilícito, no obstante, ninguna de estas convenciones, establece que la solución lo sea la imposición de penas como la prisión.

Dentro de las propuestas alternativas al encarcelamiento se tiene una especial atención a los tratamientos y rehabilitación de las personas. Permitir optar medidas alternativas al encarcelamiento lograra contribuir una mejor eficacia en el Sistema Judicial. Es de advertirse que el costo para mantener a una persona en prisión es más elevado, que tenerlo en tratamiento, esto de acuerdo a un estudio realizado por *Justice Policy Institute*; así también, se tiene en cuenta el resultado que se obtendrá posterior al tratamiento, contrario a un resultado que traerá, que la persona sea apartada de la sociedad, a un ambiente violento como lo son las prisiones y en donde probablemente pueda salir con mayores problemas, que los que tenía al ingresar. En donde resultaría perjudicial no únicamente para la persona, sino para la misma sociedad.

Utilizar la Prisión, únicamente cuando sea estrictamente necesario, imponiendo medidas alternas cuando se trate de delitos de drogas menores, por consumo o posesión, reducirá el índice de personas sujetas a procesos penales, los centros de reinserción no tendrán una sobre-población, o en su caso las personas que ya se encuentran cumpliendo una condena, tendría la posibilidad de medidas alternas que permitan, disminuir el tiempo por el cual se encuentran privados de su libertad, de esta manera no solo se estaría luchando por un mejor respeto a los derechos de las personas involucradas con los delitos de drogas, sino también de alguna forma, se prestaría mayor atención para el resto de la población penitenciaria.

En el informe emitido por la CIDAD y OEA, respecto a las alternativas al encarcelamientos para delitos relacionados con drogas, se han basado en la: *“compatibilidad de las alternativas al encarcelamiento con el régimen internacional de fiscalización de drogas, y enfoques basados en la salud pública, Derechos*

*Humanos, proporcional y por ultimo un enfoque basado en la evidencia empírica*¹⁶¹, por lo que a través de este informe se pretende mostrar que existen múltiples alternativas que lograrían obtener mejores resultados de los que se ha obtenido con la mal llamada “guerra contra las drogas”.

Las medias alternas, pueden ser tomadas durante diferente etapas, por ejemplo: antes de un proceso penal, es decir, en la imposición de una medida cautelar, en donde no se utilice la prisión preventiva oficiosa y se respete la finalidad de esta medida, es decir, que tenga una aplicación estrictamente excepcional, y no como se ha venido haciendo a través de un catálogo de delitos, que la imponen de manera oficiosa, así también, medidas anteriores a una sentencia en donde se pueda sustituir la pena al encarcelamiento, o en su caso reducir el tiempo de las personas que ya encuentran cumpliendo una condena, siempre adecuándola a la población que se dirige, por ejemplo, cuando se hable de grupos que han sido vulnerados, (Mujeres, niños, indígenas, personas de la tercera edad e incluso a las personas LGBTTTI), debido a que la forma en que sean impuestas estas alternativas ayudara a una verdadera garantía de sus derechos.

Las medidas alternativas pueden ir desde, la descriminalización de determinadas conductas, la despenalización de las mismas, e incluso la implementación de rehabilitación antes de imponer como medida la prisión o establecer un sistema administrativo que le seguimiento, envés de un sistema penal punitivo cuando se trate de delitos que se han mencionado al inicio de este apartado.

¹⁶¹ Ibidem, p. 21-22

3.8 Propuestas para un mejor Estado Democrático de Derecho, en la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar.

Como se ha estudiado a lo largo del presente trabajo de investigación, uno de los problemas recurrentes de la sobrepoblación de personas en prisión, es precisamente la aplicación de la prisión preventiva. Por lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha emitido diversas recomendaciones para la disminución de la aplicación de esta medida cautelar. A fin de garantizar el respeto a los principios que se requieren para su aplicación, principio de excepcionalidad, proporcionalidad, instrumentalidad, legalidad, necesidad e idoneidad, atendiendo los presupuestos legales y materiales, que la medida cautelar debe de atender.

Ante la aplicación de la prisión preventiva, es muy importante tomar en cuenta, dentro de los requisitos anteriores, atender con perspectiva de género la imposición de la prisión como medida cautelar, se requiere del análisis del caso en concreto, para determinar la necesidad de la cautela, cabe destacar que se han detectado diversos grupos de persona en situación de vulnerabilidad ante el sometimiento de la prisión preventiva, sin embargo, las mujeres han sido el sector más vulnerable y quienes sufren desproporcionadamente los impactos del encarcelamiento, quienes en su mayoría suelen ser abandonadas y olvidadas durante la espera de su proceso.

Por lo que se requiere un cambio integral en el funcionamiento del sistema penitenciario, debido a que de nada serviría llevar un juicio garante de derechos si en la ejecución de la pena o en su caso en el transcurso que prevalezca el juicio, para las personas privadas de la libertad a través de la prisión preventiva, el juez de ejecución no garantice un debido proceso.

- Los centros penitenciarios, requieren de una transformación más humana y menos indigna.

- Requiere de una defensa más activa, que debata y argumente la falta de necesidad de la restricción de la libertad –cuando así fuera-.
- Que se elimine la oficiosidad, respetando cada uno de los principios de cada acto procesal y se debata la necesidad de la medida cautelar.
- Verificar que los Órganos Jurisdiccionales apliquen la prisión preventiva de manera excepcional, en donde a través del análisis de las medidas cautelares que puedan ser aplicadas al caso en concreto se concluya, que la prisión preventiva es la única opción.
- De prevalecer la facultad del Juez de imponer la prisión preventiva de manera oficiosa, también pueda de oficio ordenar su revisión, cuando durante el proceso se corrobore que otras medidas son suficientes para asegurar la presencia del imputado en audiencia.

Finalmente es importante tener en cuenta que el Derecho Penal, debe de ir de la mano con los Derechos Humanos y un enfoque de género, para lograr una verdadera implementación de un Estado Democrático de Derecho, en donde se garantice un debido proceso a todas las partes procesales.

Conclusiones.

Primera. – El Sistema de Justicia Penal, lo determinan tres elementos, de los cuales debe de velarse en cada uno de ellos que se respete, garantías y principios del debido proceso; el primer elemento, es la parte sustantiva y dogmática, que va a determinar, ¿Qué es el delito?; el segundo elemento, lo conforma la parte adjetiva o procesal, en donde se establecerá, si ¿Hay o no hay delito?; y por último la parte de ejecución, una vez que se ha comprobado la responsabilidad en el delito determinar, ¿Cómo y para que aplico la pena?.

Segunda. – El debido proceso, no reconoce a un derecho fundamental en específico, sino a un conjunto de ellos, motivo por el cual se debe de entender como una institución procedimental que garantiza múltiples derechos procesales, frente a las cuales las autoridades se encuentran limitadas a realizar cualquier acto que vulnere el respeto y reconocimiento de los Derechos Fundamentales de las personas que están siendo parte de un proceso penal.

Tercera. – Los principios que establece el artículo 20 Constitucional en su primer párrafo, son principios que rigen a las audiencias durante el proceso, sin embargo, no se debe de confundir que son los únicos principios del sistema acusatorio, los principios que han prevalecido en los juicios penales, han sido precisamente, principios de: igualdad, juez natural, *in dubio pro reo*, a una defensa adecuada, legalidad, entre otros.

Cuarta. - Acusatorio y oral, son características que deben de prevalecer en las audiencias, pero no debe de confundirse con los principios que rigen las audiencias como: publicidad, inmediación, contradicción, continuidad, concentración. Debido a que la característica a diferencia de los principios no da lugar a excepciones, mientras que los principios ocurrirán situaciones en donde se aplican excepciones.

Quinta. – Tradicionalmente se ha mencionado que toda medida cautelar debe de cumplir con los siguientes presupuestos materiales: *Fomus boni iuris* y el *Periculum in mora*, sin embargo, es importante resaltar que antes de analizar estos presupuestos se deben cumplir con los presupuestos procesales-legales, estos dependen de la legislación y son totalmente objetivos.

Sexta. - Para solicitar la aplicación de una medida cautelar, restrictiva de la libertad, el Ministerio público, debe de argumentar cual es el peligro durante el proceso, si la persona imputada prevalece en libertad, es decir, tiene y debe de argumentar si existe peligro de fuga, obstaculización de la investigación o en su caso pueda resultar un riesgo para la victima u ofendido o para misma sociedad, de no ser así, he imponerla sin analizar su necesidad, va en contra de los fines procesales, motivo por el cual se viola determinadas garantías del debido proceso.

Séptima. - No es suficiente que el legislador, haya implementado una lista de delitos que considere graves en la Constitución y el Código Nacional de Procedimientos Penales, para imponer a la prisión preventiva, debido a que la sola aplicación de manera oficiosa puede generar violaciones al debido proceso. Los ordenamientos internacionales reconocen a esta medida cautelar como una medida excepcional y la aplicación de manera oficiosa a través de la normatividad, va en contra de los derechos de las personas que están sujetos a un proceso.

Octava. - Se transgrede el derecho al debido proceso y sus principios y garantías, cuando durante el acto procesal de las medidas cautelar se impone de manera oficiosa y no se debate en audiencia, como se realiza en las demás medidas cautelares.

Novena. - No existen suficientes UMECAS a nivel federal, que puedan garantizar que la medida cautelar impuesta a la persona imputada, sea la más idónea para asegurar el proceso, las instituciones que han sido creadas, se encuentran operando con debilidad diversas. No se ha logrado que las UMECAS que se han implementado en 29 Estados de la república, puedan garantizar la demanda de todas las personas que están siendo procesadas por algún probable delito.

Decima. - La falta de intervención de las UMECAS en los procesos penales, ha traído como consecuencia un aumento en el uso excesivo de la prisión preventiva, debido a que no se proporciona información al ministerio público del imputado que le haga corroborar que otras medidas cautelares no restrictivas de la libertad, pueden ser efectivas para garantizar los fines procesales.

Décimo Primera. - No existe una verdadera congruencia con los delitos que la Constitución Federal señala de manera oficiosa, con los delitos que señala el Código Nacional de procedimientos penales; los delitos aumentan. Cuando el legislador menciona delitos como armas y explosivos, contra la seguridad de la nación, libre desarrollo de la personalidad y de la salud, la gama de delitos en cada palabra es aún más extensa, convirtiéndose en una lista inmensa de delitos que el Juez puede aplicar la prisión preventiva de manera oficiosa.

Décimo Segunda. - La aplicación de la prisión preventiva de manera oficiosa a través de una lista de delitos que el legislador a considerados como delitos graves, es sumamente violatorio de Derechos Fundamentales, para todas las personas dentro de un proceso penal, siendo que en la lista señalada se pueden omitir ciertos delitos que no se han tomado en cuenta pero es necesario la restricción de la libertad durante el proceso, como lo es el feminicidio que en ningún catálogo de delitos es considerado como grave, o

contrario a ello, existen delitos que para la sociedad pueda significar de gravedad, pero a través del análisis no hay necesidad en que se restrinja la libertad como sucede en los delitos de salud, homicidio entre otros.

Décimo tercera. - En la actualidad en los procesos penales, algunos ministerios públicos y fiscales, buscan lograr el castigo de la persona que están acusando, y dejan a un lado descubrir la verdad histórica de los hechos e incluso respetar los fines procesales, apoyándose en las herramientas que le otorga los ordenamientos legales a través de la oficiosidad, motivo por el cual se ha detectado que el índice de las personas que están privadas de la libertad sin haber recibido una sentencia va en aumento.

Bibliografía.

- ASENCIO MELLADO, José María, *Derecho Procesal del Derecho Penal*, Valencia, 3ra edición, Tirant lo Blanch, 2004.
- AGUILAR ARANELA, Cristian, *Medidas cautelares personales y reales en el proceso penal*, Editorial Metropolitana, Chile, 2014.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *Los derechos fundamentales y la teoría de los principios: ¿es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española?*, Universidad de Alicante, Doxa. N. 30, 2007.
- BARNACLOCHE PALAO, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el derecho español*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.
- CHAMPO SÁNCHEZ, Nimrod Mihael, *La labor del jurista, Argumentar, buscar la verdad e investigar*, México, Flores Editor y Distribuidor, S.A de C.V., 2012.
- CHACÓN ROJAS, Oswaldo y NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F., *Las medidas cautelares en el proceso penal acusatorio*, México, Secretaria Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, 2011.
- CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, ARA Editores, Lima, 2005.
- CLAUS ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores Puerto, 25 edición, 2003.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales del derecho penal*, Porrúa, México, 2010.
- DEL RIO LABARTHE, Gonzalo, *Las Medidas Cautelares del Proceso Penal Peruano*, Perú, Universidad de Alicante, 2016.
- EMBRIS VÁSQUEZ, José L., *Medidas Cautelares y su transmisión al sistema acusatorio adversarial y oral en México*, 2da edición, México, Porrúa, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- FIX ZAMBUDIO, Héctor y OVALLE FABELA, José, *Derecho Procesal*, México, UNAM, 1991.

- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, “La prisión preventiva y su evolución en 75 años”, en *Evolución del Sistema Penal Acusatorio*, coord. García Ramírez Sergio y González Mariscal Olga Islas, México, UNAM, 2017.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín, *El derecho a la libertad personal: detención, privación y restricción de la libertad*, España, Tiran lo Blanch, 1995.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Raúl, *La teoría del bien jurídico en el Derecho Penal*, México, OXFORD, 2001.
- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, “La prisión preventiva y su evolución en 75 años”, en *Evolución del Sistema Penal Acusatorio*, coord. García Ramírez Sergio y González Mariscal Olga Islas, México, UNAM, 2017.
- ISLAS DEL GONZÁLEZ MARISCAL, Olga y otros (Coord.) *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal, Mesa 7: El juez natural y jurisdicción militar*, México, UNAM, 2014.
- MARCOS GONZÁLEZ María, “El derecho del imputado y del acusado: Jurisprudencia Europea y Constitucional” en *Los sujetos protagonistas del derecho penal*, coord. Chozas Alonso, José Manuel y otros, Dykinson S.L, Madrid, 2015.
- NATARÉN NANDAYAPA, Carlos y RAMÍREZ SAAVEDRA, Beatriz Eugenia, *Aspectos relevantes de litigación oral en el nuevo proceso penal acusatorio*, México, UBIJUS, 2008.
- NATARÉN NANDAYAPA, Carlos Faustino y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*, México, UNAM, 2014.
- RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel, *El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en Varios, Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998.
- SENTÍS MELENDO, *In dubio Pro Reo*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.
- Suprema Corte de la Justicia de la Nación, *Derecho a la Libertad personal*, México, SCJN, serie de Derechos Humanos, núm. 2, 2017.
- ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *Derecho penal parte general*, México, UBIJUS, 2017.

ORTIZ SERAFÍN, Zamora José y otros, *Argumentación y derechos reflexión sobre la justicia penal y Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2017.

PÉREZ VÁZQUEZ, Carlos (coord.), *El Derecho Humano al debido proceso, sus dimensiones legal, constitucional y convencional*, México, Tirant lo Blanch, 2014.

PÉREZ DAZA, Alfonso, *Teoría y práctica del proceso penal acusatorio*, México, Tiran lo Blanch, 2016.

TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, Colex, 2016.

Hemerografía.

AGUDELO RAMÍREZ, Martín, *El debido proceso*, Revista Opinión Jurídica, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, ISSN 1692-2530, Vol. 4, N°. 7, 2005.

CHAMPO SÁNCHEZ, Nimrod Mihael, *La prisión preventiva frente a las demás medidas cautelares en Iberoamérica*, en libro homenaje a la Jurista Gloria León Orantes, coord. Emma C. Mendoza Bremauntz, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015.

CRUZ BARNEY, Oscar y CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (coord.), *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*, t. *El debido proceso en el siglo XXI*, México, IIJ-UNAM, 2015.

DEL RIO LABARTHE, Gonzalo, *La prisión preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Perú, Anuario de Derecho Penal 2008.

GIACOMELLO, Corina, *La ley Nacional de Ejecución de las Sanciones Penales con perspectiva de género*, Defensor, Revista mensual de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, editada por el Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF, 2016.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, México, IIJ-UNAM, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2006.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El debido proceso concepto general y regulación en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos*, Boletín Mexicano del Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, número 117, septiembre-diciembre de 2006.

DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio, *El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción*, Revista del Instituto de la judicatura Federal, 2014.

Instituto de Justicia Procesal Penal, AC, *Libertad en Comunidad*, Manual para crear Redes de Organizaciones de la Sociedad Civil auxiliares en la Supervisión de adolescentes bajo proceso penal en libertad, México, IJPP AC, 2016.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *La Constitución y el Derecho Penal*, Revista de la Facultad de Derecho de México Tomo LXVII, Número 267, enero-abril 2017.

PETIT GUERRA, Luis Alberto, *Debido proceso y su hermenéutica*, Revista internauta de práctica jurídica, ISSN-e 1139-5885, N°. 26, 2011.

ROBERT, ALEXY, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 91, enero-abril 2011.

RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel, *Los delitos graves en la reforma constitucional penal de 2008*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, numero 28, 2009.

SÁNCHEZ FRANCISCO, Julio Roberto, *El principio de intervención mínima en el Estado mexicano*, México, Revista Del Instituto de la Judicatura Federal, No. 23, 2007.

SARRE MIGUEL, *Debido proceso y ejecución de la penal. Reforma constitucional de 2008*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, 2011.

Informes:

Informe sobre la situación de las personas privadas de la libertad en México, (ASILEGAL y IDHIE), Washington, DC, 23 MARZO 2012.

Informe de Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 2011.

Observatorio Ciudadano de Sistema de Justicia, Prisión preventiva y defensa de calidad un indicador de justicia, México, OCSJ, 2018.

Informe técnico sobre alternativas al encarcelamiento para los delitos relacionados con las drogas.

Sentencia y Tesis.

Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs Bolivia. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217.

Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 143.

Tesis: 1a. LXXIV/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, Tomo XXII, agosto de 2005, p. 300.

- Tesis: I.8o.C.13 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, junio de 1996, p. 845.
- Tesis: 1a. CCLXXVII/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXIV, septiembre de 2013, Tomo 1, Pg. 986.
- Tesis: 1a./J. 49/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia, no. registro: 2012715, Décima Época, Primera Sala, Libro 35, octubre de 2016, Tomo I, Pg. 370.
- Tesis: 1a. CCXIX/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 2009463, Primera Sala, Libro 19, junio de 2015, Tomo I, p. 589 y Tesis: 1a. CCXX/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 2009464, Primera Sala, Libro 19, junio de 2015, Tomo I. p. 590.
- Tesis: XXII.P.A.23 P (10a.), Semanario Judicial de la Federación, 2017169, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, viernes 15 de junio de 2018.
- Tesis: P. XII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tesis: Aislada, Pleno, 2006152, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, página: 413.
- Tesis: II.2o.P.64 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, mayo de 2018, Tomo III, 2016873, p. 2741.
- Tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Libro 33, agosto de 2016, Tomo II, p. 633.

Leyes.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Convención Americana de los Derechos Humanos.
Código Nacional de Procedimientos Penales.
Ley Nacional de Ejecución y sanciones penales.
Código Penal Federal.