

VNiVERSIDAD D SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO



TRABAJO DE FIN DE MÁSTER EN DERECHO PENAL

**La prisión preventiva oficiosa en México, un atentado contra
el Estado Social y Democrático de Derecho**

RENÉ CARRILLO VIDALES

DIRECTORA:

DRA. DÑA. ALICIA GONZÁLEZ MONJE

Salamanca, 2020



*Ninguna palabra de este trabajo hubiese sido escrita
sin la infinita generosidad de mis padres y
el apoyo incondicional de mis hermanos y amigos.
Gracias, por tanto.*

*A la familia Maciá Rico,
por haberme hecho sentir como en casa.
Siempre tendrán un hogar en México.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. LA REPRESIÓN PENAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.....	4
1.1. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	4
1.2. ESTADO DE DERECHO, SU CONTENIDO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL	7
1.3. NATURALEZA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA	11
1.3.1 <i>Concepto</i>	11
1.3.2 <i>Finalidad</i>	12
a. Evitar la frustración del proceso impidiendo la fuga del reo.....	14
b. Evitar la ocultación de futuros medios de prueba.....	16
c. Evitar la reiteración delictiva por parte del imputado	17
d. Satisfacer las demandas sociales de seguridad	19
1.3.3 <i>Lineamientos para la legítima privación provisional de la libertad en un Estado Social y Democrático de Derecho</i>	20
a. Excepcionalidad.....	21
b. Proporcionalidad.....	21
c. Provisionalidad	22
d. Instrumentalidad	23
e. Exclusividad Jurisdiccional	23
1.4. PRESUPUESTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL	24
1.4.1. <i>Fumus boni iuris o apariencia de buen derecho</i>	24
1.4.2. <i>Periculum in mora o daño jurídico derivado del retraso del procedimiento</i>	24
CAPÍTULO II. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN MÉXICO	26
2.1. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	26
2.2. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	30
2.2.1 <i>Duración de la prisión preventiva</i>	32
2.2.2 <i>Procedencia de la prisión preventiva</i>	35
2.3. LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA.....	39
2.4. DELITOS QUE AMERITAN PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA	42
2.5. MOTIVACIÓN DE LA AMPLIACIÓN DEL CATÁLOGO DE DELITOS QUE AMERITAN PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA.....	44
CAPÍTULO III. LA REALIDAD TRAS LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA.....	50
3.1. LAS RAZONES DE LA EXISTENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA	50
3.1.1 <i>Violencia</i>	50
3.1.2 <i>Corrupción</i>	52
3.1.3 <i>Impunidad</i>	55

3.1.4 Falta de formación especializada y capacidad de los operadores del sistema de justicia penal.....	56
3.1.5 Descomposición del tejido social	59
3.2. MITOS Y REALIDADES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	63
3.2.1 Mito 1: la prisión preventiva oficiosa reduce el número de delitos.	63
3.2.2 Mito 2: La prisión preventiva oficiosa está dirigida para las personas “peligrosas”	64
3.2.3 Mito 3: El fenómeno de la “puerta giratoria” se resuelve con la prisión preventiva oficiosa.....	67
3.2.4 Mito 4: Es necesaria la ampliación del catálogo de delitos graves para que las autoridades puedan aplicar la prisión preventiva.	68
3.3. REALIDADES. LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA NO ES LA SOLUCIÓN	68
3.3.1 Sobrepoblación en prisiones	69
3.3.2 Severas consecuencias psicosociales	70
3.3.3 Implica costos sociales y públicos innecesarios.....	70
3.3.4 Fábrica de delitos y arma política	71
3.3.5 Criminaliza la pobreza.....	72
CONCLUSIONES.....	74
BIBLIOGRAFÍA.....	77

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, un amplio sector de la doctrina y de las sociedades modernas han llegado al consenso de que un Estado Social y Democrático de Derecho se debe basar en el respeto irrestricto de los derechos y libertades de sus ciudadanos. Bajo esta idea del Estado protector y garante de los derechos fundamentales, es preciso que su política criminal esté orientada a responder ante la criminalidad con base en un esquema de prevención del crimen en el que exista un equilibrio entre el *ius puniendi estatal* y el contrapeso de los esquemas garantistas¹.

Sin embargo, en una sociedad que sufre cotidianamente de altos índices de comisión de delitos, en donde prepondera mayoritariamente una percepción de inseguridad y los casos de corrupción e impunidad van en aumento, pareciera que la tendencia de la política criminal en México apuntara hacia el abandono de los criterios que limitan y rigen el poder punitivo del Estado para ser sustituida por un régimen fundado en el castigo y la represión, teniendo como respuesta la aplicación de un sistema penal especial o como lo refiere FERRAJOLI, un Derecho Penal Máximo².

Esta tendencia se ve reflejada con la incorporación de nuevas figuras jurídicas que replantean los postulados tradicionales del Derecho Procesal Penal, siendo de nuestro especial interés la medida cautelar de la prisión preventiva oficiosa. Así pues, nos encontramos ante una figura jurídica que ha planteado diversas discusiones, tanto en el foro nacional como en el internacional, pues aparece como un instrumento necesario ante el desbordamiento de la violencia y el crimen organizado del país.

De aquí que nuestra labor se dirige en poder encontrar si esta medida cautelar en realidad tiene su sustento legítimo dentro del modelo de Estado que configura la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, el Estado Social y Democrático de Derecho donde se protege la libertad y la igualdad ante la ley, o más bien coincide con los postulados de un distorsionado Derecho Penal del Enemigo, cuyo propósito consiste en la limitación de derechos y

¹ MERINO HERRERA, Joaquín. *Tendencias de la política criminal contemporánea*, Madrid: Marcial Pons, 2018, pág. 20.

² FERRAJOLI, Luigi; BOBBIO, Norberto. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, pág. 104.

garantías de ciertos grupos o sujetos delictivos que supuestamente atentan contra la seguridad de la sociedad, pero que, en la realidad, se utiliza esta medida como una salida alterna más simple, rápida y económica para ingresar a la cárcel a cualquier sospechoso y así poder dar respuesta a los reclamos de seguridad y paz social.

Precisamente, es en esta tendencia por la expansión de un Derecho Penal Máximo que nuestro interés se ha enfocado en analizar la figura de la prisión preventiva oficiosa en México pues ha servido como un instrumento político para institucionalizar la violencia del Estado ante el desbordamiento del crimen organizado y la incapacidad que han demostrado las instituciones de justicia para hacer frente a este fenómeno. En vista de lo manifestado, nuestra labor consistirá en centrarnos en los siguientes objetivos:

1. Analizar los principios y postulados rectores de un Estado Social y Democrático de Derecho en relación con el principio de presunción de inocencia;
2. Estudiar la naturaleza y lineamientos de la prisión preventiva como medida cautelar y la forma en que se encuentra regulada tanto en el ordenamiento jurídico español como en el mexicano;
3. Identificar las razones por las que el legislador mexicano se vio motivado para incorporar el carácter oficioso de la prisión preventiva; y, por último,
4. Desvirtuar mitos y presentar las realidades que conlleva la aplicación y existencia de la prisión preventiva oficiosa en México.

Para lograr lo anterior, nos trasladaremos al origen que tuvo el principio de presunción de inocencia a partir del surgimiento del Estado liberal. Haremos especial énfasis en las diversas concepciones que cada etapa de la historia dotó a este principio hasta su internacionalización jurídica en el marco de los derechos humanos. Posteriormente, abordaremos el sentido general que contemplan los elementos que definen al modelo del Estado Social y Democrático de Derecho para así poder entender los límites y fines a los que el poder estatal se encuentra sujeto para dar efectivo cumplimiento en la protección de derechos y libertades de los ciudadanos.

Conocido ya el origen y las bases del modelo del Estado Social y Democrático de Derecho, nos enfocaremos a analizar la naturaleza, finalidades y supuestos legítimos para la imposición de la prisión preventiva compatibles con el modelo de Estado en mención; cuestión que presenta dificultades al existir diferencias en la doctrina por tratar de encontrar alguna justificación sólida

La prisión preventiva oficiosa en México

que sostenga la compatibilidad de la prisión preventiva en atención al derecho a la presunción de inocencia.

En segundo lugar, para entender el contexto político y jurídico de México, haremos un breve repaso respecto del desarrollo de la reforma realizada a la Constitución en el año de 2008 en materia de seguridad y materia penal, en la que se incorporó de manera expresa el principio de presunción de inocencia y se inició la transición a la implementación del sistema penal acusatorio para todo el territorio mexicano.

Del mismo análisis de la transición al nuevo sistema de justicia penal, abordaremos la regulación de la medida cautelar de la prisión preventiva justificada prevista tanto en la Constitución como en el ordenamiento adjetivo penal, para analizar su duración y supuestos de procedencia. En este orden de ideas, merecerá la pena cotejar la regulación de esta medida cautelar con la prevista en la legislación española y así determinar la viabilidad de incorporar el sistema de plazos que este ordenamiento jurídico establece.

En tercer lugar, analizaremos la figura de la prisión preventiva, pero en su carácter oficiosa, la cual el legislador ha optado para determinados delitos que, por su gravedad y características, perturban a la sociedad y ha decidido optar como una medida frente a los altos índices de delincuencia. En este contexto, expondremos las razones que forman parte de la iniciativa de reforma que dio lugar a la ampliación de delitos que ameritan esta figura, así como la doctrina que ha influenciado la invención de esta nueva figura jurídica única en el continente americano.

Finalmente, presentaremos la realidad que esconde la prisión preventiva oficiosa, desvirtuando mitos y explicando realidades, en donde se mostrarán cifras, tanto oficiales como recabadas por diversas organizaciones de la sociedad civil, que ayudarán a comprender la compleja realidad y crisis que actualmente se encuentra pasando México en materia de seguridad, corrupción, impunidad y de derechos humanos.

En este sentido, de los datos recopilados y argumentos expuestos, nos permitirán concluir si esta figura en realidad solventa los problemas que el legislador pretendía resolver o más bien pasa a ser un problema más dentro de la lista de desacertadas decisiones de la punitiva política criminal mexicana.

CAPÍTULO PRIMERO

LA REPRESIÓN PENAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

*“Cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada,
tampoco lo está su libertad”. – Montesquieu.*

1.1. Breve referencia histórica de la presunción de inocencia

Los finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX suponen para la mayoría de los procesalistas el momento crucial en el que se sitúa un cambio de paradigma para el sistema de enjuiciamiento criminal³. En este contexto nos encontramos ante la consolidación del Estado liberal contemporáneo que propugnó la Revolución Francesa, que a su vez fue influenciada por las ideas de la Ilustración. El cambio de un sistema inquisitivo al mixto o acusatorio formal mostró el rechazo social por los postulados de la presunción de culpabilidad, la concepción del imputado como un objeto de la investigación socialmente peligroso, así como la protección social mediante la privación de la libertad durante el proceso⁴.

En ese momento histórico, donde el Estado se configuró como una estructura diferenciada de la sociedad, caracterizada por ser garante de los Derechos y garantías del ciudadano, destaca la incorporación del principio de presunción de inocencia en el enjuiciamiento criminal, esto es, el derecho de todo ciudadano a ser considerado inocente hasta que una condena recaída en un procedimiento estableciera lo contrario.

A partir de este momento, de acuerdo con DEI VECCHI, se establecieron dos lineamientos aplicables al proceso penal que fueron desplegados por la presunción de inocencia, estos son: la “regla de tratamiento” del imputado como inocente y la “regla de juicio”, este último consistente por una parte en que la carga de la prueba corresponde al ente acusador, y por el otro, que el órgano

³ ROXIN, Claus. *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pág. 20.

⁴ DEI VECCHI, Diego. “Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes”. *Revista de derecho (Valdivia)*, 2013, vol. 26, no 2, págs. 189-217.

judicial se encuentra obligado a absolver al imputado en caso de que no se haya alcanzado el convencimiento suficiente para dictar una sentencia⁵.

Sin embargo, estas concepciones no fueron establecidas en el proceso penal de manera absolutas, pues con la Declaración de Derechos del Hombre de 1789, en su artículo noveno, se admitía la posibilidad de encarcelar a un individuo aun no declarado culpable pues, “*si se estima que su arresto es indispensable, cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona ha de ser severamente reprimido por la ley*”⁶. De aquí que podemos observar el inicio de los fines legítimos para la privación de la libertad.

Entre los principales promotores de este nuevo paradigma, podemos destacar al jurista y economista italiano CESARE BECCARIA, quien estimuló el desarrollo de un sistema penal científico y propio, fundado en la utilidad y el interés general⁷; por lo que podemos destacar de sus principales ideas la legitimidad del encarcelamiento previo a una condena en ciertos casos, ya que, en palabras del autor: “*la estrechez de la cárcel no puede ser más que la necesaria o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos*”⁸.

De este modo, tenemos que el proceso penal conferido por el pensamiento ilustrado tenía en cuenta desde un inicio que el sujeto sometido al enjuiciamiento no podía concebirse como un medio para concretar el castigo por el delito, sino que se propugnaba por el recurso del Derecho Penal para “*mantener una sociedad creada por los hombres para salvaguardar y dar contenido a sus derechos, caracterizado por los rasgos de legalidad y humanidad*”⁹.

Los mediados de la segunda mitad del siglo XIX resultará ser un momento crítico para el Derecho Penal del Estado liberal. El auge de las ciencias experimentales tuvo una gran influencia sobre la determinación de las causas del delito a lo que propulsó a la implementación de políticas dirigidas a la prevención especial. La corriente del “positivismo criminológico” se genera en torno a las aportaciones de autores como LOMBROSO, FERRI y GARÓFALO, quienes sostenían que

⁵ *Ídem*.

⁶ Artículo 9 de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789: “*Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido declarado convicto. Si se estima que su arresto es indispensable, cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona ha de ser severamente reprimido por la ley.*”

⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos elementales de derecho penal: parte general*. 4ª edición. México: Porrúa, 1967, pág. 36.

⁸ BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. En casa de Rosa: Librero, 1828, pág. 46.

⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel, 2012, pág. 35.

eran las causas físicas o biológicas las que llevaban a un individuo a delinquir, por tanto, se rechazaba la idea de la presunción de inocencia y se empleaba la prisión preventiva como una medida de protección social indispensable¹⁰.

El segundo momento histórico en el que se embistió contra la presunción de inocencia sería con la concepción de la “Escuela técnico-jurídica” que sostenían principalmente autores como ROCCO, MANZINI, BATTAGLINI, entre otros. Esta corriente configuraba la pena como un instrumento, no únicamente para lograr la prevención general o especial, sino para la readaptación del delincuente¹¹. Las ideas implementadas por esta corriente apuntaban hacia el cuestionamiento de la existencia de la presunción de inocencia.

En este sentido, destaca el pensamiento de MANZINI, quien consideraba a este principio como paradójico e irracional, puesto que la experiencia habría demostrado que la mayor parte de los imputados resultaban ser culpables y, bajo esta lógica, resultaba dable la presunción de culpabilidad¹².

En este orden de ideas nos tenemos que trasladar hacia el fin de la Segunda Guerra Mundial, ya que, a pesar de que no se presentaron grandes cambios en lo que respecta al proceso penal¹³, con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, “supuso el punto de partida para una nueva época”¹⁴.

Esta nueva visión de la internacionalización jurídica¹⁵, tomando como base los Derechos Humanos, implicó la transición de la mayoría de los países de occidente hacia el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho. Así, el principio de presunción de inocencia tomó relevancia ante su incorporación en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948¹⁶ y

¹⁰ DEI VECCHI, Diego. “Acerca de la justificación de la prisión preventiva...”, *Op. cit.*, págs. 189-217.

¹¹ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos elementales de derecho penal... Op. cit.*, pág. 70.

¹² JARA MÜLLER, Juan Javier. “Principio de inocencia. el estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal”. *Revista de Derecho*, 1999, vol. 10, no supl. Espec, págs. 41-58.

¹³ DEI VECCHI, Diego. “Acerca de la justificación de la prisión preventiva...”, *Op. cit.*, págs. 189-217.

¹⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal... Op. cit.*, pág. 94.

¹⁵ Sobre este periodo de la historia del mundo puede consultarse: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel, 2012.

¹⁶ Artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

posteriormente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹⁷, integrándose de esta manera como parte del catálogo de derechos que emanan de la naturaleza humana.

Hacemos este pequeño énfasis en la historia de la evolución del ordenamiento penal, ya que el actual Derecho Penal y el estudio del mismo, según BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, tienen sus raíces en el pensamiento ilustrado¹⁸, y así, junto con sus dos épocas de crisis que enfrentó el derecho a la presunción de inocencia, tenemos que su subsistencia y su posterior positivización es fruto de la consciencia universal; por eso resulta importante la reflexión sobre los principios garantistas y fines legítimos con los que nació, para así enfrentar los nuevos retos que presenta la sociedad actual y no desviar su propósito dentro de un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho.

1.2. Estado de Derecho, su contenido democrático y social

La libertad constituye el concepto básico sobre el que se construye un Estado Social y Democrático de Derecho; es gracias a ella que se pueden ejercer otros valores superiores de igual importancia, de ahí la trascendencia de su protección. Sin embargo, la tendencia actual de la política criminal en pleno siglo XXI apunta cada vez más a preocuparse prioritariamente por la eficacia del aparato punitivo estatal que por la propia ciudadanía.

En este tenor, es importante recordar la consideración del Derecho Penal como último recurso, es decir la *última ratio* que dispone el Estado y que debe de atender únicamente a los fines legítimos que derivan por imperativo democrático. La idea del legislador de responder ante la criminalidad con la exasperación punitiva y la creencia irracional en el castigo, puede llevar justamente a los efectos contrarios a los pretendidos en un inicio.

En este sentido, como menciona BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “*no se puede olvidar que el Derecho penal es el derecho de las garantías del delincuente frente al recurso a la violencia, que por amarga necesidad lleva a cabo el Estado*”¹⁹. Es por ello que esta necesidad, una vez que se someta a una persona a un proceso de enjuiciamiento criminal, debe verse limitada y

¹⁷ Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “[...] 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.[...]”.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 31.

¹⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Reflexiones penales desde Salamanca*. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana». Salamanca: Universidad de Salamanca, 2018, pág. 53.

someterse a un control riguroso en el que se respeten las bases del Estado Social y Democrático de Derecho, esto es, las que rijan en torno a la dignidad humana.

Es así que, previo a abordar el tema central sobre las repercusiones de la prisión preventiva oficiosa en México, es importante reflexionar el significado que contempla la expresión de “Estado Social y Democrático de Derecho”, que si bien, no se pretende precisar con exactitud los caracteres propios de esta locución, sino, en realidad, abarcar el sentido general que contemplan sus tres componentes y las implicaciones que conllevan al trasladarlas al ejercicio del *ius puniendi* del poder estatal.

De acuerdo con MIR PUIG, el Estado de Derecho quiere decir “*el Estado gobernado por el Derecho emanado de la voluntad general, expresada por los representantes del pueblo, en el cual radica la soberanía nacional*”²⁰. Este concepto planteado obedece más a una definición formal, sin embargo, nosotros queremos darle el enfoque que elabora MERINO HERRERA al plantear que la noción del Estado de Derecho no se puede emancipar del concepto de dignidad humana, pues este establece un valor previo que legitima la estructura jurídica de aquel²¹.

De este modo, la dignidad humana establece los límites de la norma que minimizan y controlan la restricción arbitraria de los derechos y libertades de los ciudadanos por parte de los poderes públicos²². Sobre este punto de partida, LUCAS VERDÚ ha puesto de relieve que, cuando la organización estatal y los poderes públicos que la conforman se encuentran organizados con el fin de que los ciudadanos estén protegidos por la existencia previa de normas e instituciones que garanticen sus derechos, y estas últimas respondan sin más excepciones que las exigidas por el bien común, es cuando estaremos frente a un verdadero Estado de Derecho²³.

En un Estado de Derecho, como es el que han adoptado la mayoría de los países occidentales, los Derechos Humanos y fundamentales ocupan un lugar preferente o privilegiado sobre los demás, ya que cualquier forma de limitación de estos derechos siempre es una excepción, y como refiere MELLADO, gracias a esta limitación y el grado en el que un Estado puede

²⁰ MIR PUIG, Santiago. *La Reforma del Derecho Penal*. Barcelona: Bellaterra, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1980, pág. 110.

²¹ MERINO HERRERA, Joaquín. *Tendencias de la política criminal... Op. cit.*, pág. 21.

²² *Ídem*.

²³ VERDÚ, Pablo Lucas. “Artículo 1: Estado social y democrático de derecho”. En: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Edersa, 1996. págs. 105-106.

limitarlos nos va a revelar cuál es el grado de democracia real que obedece ese país, por más que refiera su Carta Magna que sea un Estado Social y Democrático de Derecho²⁴.

Es así como GOLDSCHMIDT con acierto refiere que, para saber con certeza el grado de democracia de un Estado determinado, tendremos que voltear a analizar su proceso penal, pues “*la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución*”²⁵.

Precisamente, un Estado democrático y de Derecho debe estructurar su proceso penal, obedeciendo al respeto irrestricto de las garantías mínimas que se requieren para no trastocar la dignidad humana de los ciudadanos que se encuentren involucrados. Sin embargo, para conseguir el fin legítimo del proceso penal, esto es, la del ejercicio efectivo del *ius puniendi* del Estado frente a la conducta criminal, resulta fácil caer en la tentación de emplear de manera excesiva o desproporcionada mecanismos o figuras jurídicas que resultan lesivas para este valor universal, como lo es la figura de la prisión preventiva. Ante este escenario, MIR PUIG refiere que: “*El planteamiento democrático no solo debe servir a la mayoría, sino también respetar y atender a toda minoría y todo ciudadano, en la medida en que ello sea compatible con la paz social. Desde esta perspectiva el Derecho penal no solo debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal*”²⁶.

Es, en este momento, cuando este tipo de mecanismos, que pretenden asegurar la eficacia del proceso, se convierten en un arma del Estado esgrimida contra la propia sociedad y es justamente esto lo que ha de evitar un verdadero Estado democrático, impidiendo que el proceso se convierta en un fin en sí mismo o al servicio de intereses que no convengan a los justiciables o, como lo refiere MIR PUIG, “*que desconozca los límites que debe respetar frente a toda minoría y todo individuo*”²⁷.

El modelo del sistema penal de un Estado democrático de Derecho está obligado, además, a dar respuesta a las exigencias de su aspecto social, es decir, que se debe asegurar la protección

²⁴ ASECIO MELLADO, José María. *Prisión Provisional. [Sesión de conferencia]*. Seminario Prisión Preventiva Sesión I: Perú, 2017.

²⁵ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*, II. Barcelona: Bosch, 1997, pág. 110.

²⁶ MIR PUIG, Santiago. *La Reforma del Derecho...* *Op. cit.*, págs. 33-34.

²⁷ *Ibidem*, pág. 30.

efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que tendrá que atender tanto a la prevención de los delitos como a los comportamientos que los ciudadanos estimen peligrosos para sus bienes jurídicos²⁸. De dicha depuración se desprende que el Estado social, como intervencionista, debe proveer de esa protección efectiva mediante una prevención acotada a ese fin bajo el esquema de mínima intervención.

De aquí que un Estado será social y democrático de Derecho solo en la medida en que dé efectivo cumplimiento a la protección de derechos y libertades de todos los ciudadanos, así como a los bienes jurídicos, mediante la existencia previa de normas e instituciones que lo garanticen.

Bajo este tenor, y como se pretende demostrar a lo largo del presente trabajo, resulta paradójico que la Constitución general de México se proclame respetuosa de la dignidad humana, a sus valores y desarrollo existencial libertario²⁹ y aplique a la vez un sistema penal que apunta hacia el abandono de los criterios que limitan y rigen el poder punitivo del Estado para optar por un régimen fundado en el castigo y la represión mediante la utilización de la custodia preventiva en su carácter oficiosa.

Lo que ahora corresponde es preguntarse si el sistema procesal penal mexicano, con la figura de la prisión preventiva oficiosa es realmente compatible con los límites que le impone el Estado Social y Democrático de Derecho, o más bien responde a una política criminal represiva. A nuestro juicio, la respuesta se halla en esta última opción.

²⁸ *Ídem.*

²⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “*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.*

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.[...].

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

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:[...].”

1.3. Naturaleza de la prisión preventiva

De todas las resoluciones o determinaciones judiciales que pueden adoptarse en el proceso penal, la prisión preventiva resulta ser, sin duda alguna, la más grave y la más polémica. Esto es así porque se impone en un momento procesal precario, en el que, por no haberse decretado una sentencia condenatoria, se presume su inocencia, y a la vez se restringe uno de los derechos fundamentales y humanos más protegidos en un Estado Social y Democrático de Derecho, esto es, la libertad.

Por parte de la doctrina, resulta difícil encontrar una justificación sólida que ampare la existencia de la prisión preventiva a la luz de la presunción de inocencia, siendo esta institución calificada incluso de inmoral por CARRARA³⁰, debido a la anticipación de la restricción de libertad que recae sobre la persona aun no declarada culpable en el proceso penal.

Sin embargo, es importante resaltar y analizar tanto el concepto como el propósito que tiene la figura de la prisión preventiva, o provisional como se le conoce igualmente en otros ordenamientos jurídicos, ya que también tiene una finalidad esencial en la actuación del *ius puniendi* del Estado.

1.3.1 Concepto.

La prisión preventiva, desde un punto de vista jurídico, puede definirse como una medida procesal, de carácter provisional y de duración limitada, emitida mediante una resolución jurisdiccional consistente en la privación de la libertad de un sujeto, a quien se le atribuye la probable comisión de un hecho delictivo, tendente a asegurar los fines del procedimiento criminal antes de que recaiga una eventual sentencia penal firme³¹.

Así, el Tribunal Constitucional español ha definido la prisión provisional como: “[...] *una medida de naturaleza personal, que tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la sentencia condenatoria, que*

³⁰ CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale: del giudizio criminale; con una selezione dagli Opuscoli di diritto criminale*. Bolonia: Il mulino, 2004, pág. 299.

³¹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pág. 3.

*eventualmente pueda ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia*³².

Por su parte, DEL RIO LABARTHE define la prisión preventiva como “*el acto procesal dispuesto mediante una resolución jurisdiccional y que produce la privación provisional de la libertad del imputado, con el propósito de asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena*”³³.

Teniendo en cuenta que la eficacia del proceso penal pueda verse perjudicada en su desarrollo, bien porque no sea posible celebrar el juicio ante la falta del acusado, o bien porque la condena impuesta no pueda hacerse efectiva ante la sustracción del sentenciado, es por ello que la naturaleza de la prisión preventiva sea de carácter cautelar, pues su misión en el proceso consiste en asegurar personas en el transcurso del proceso.

Entendemos, al igual que RODRÍGUEZ LÓPEZ, que la prisión preventiva no puede considerarse como pena anticipada, ya que no tiene ni siquiera la consideración legal de pena³⁴, aunado a que tiene un carácter instrumental y provisional. Sin embargo, tanto en la práctica legislativa como en el lenguaje común de los ciudadanos, se han manejado de manera equiparable, pues ambas figuras, tanto la prisión preventiva como la pena, comparten el mismo contenido material consistente en la privación de la libertad, por lo que es conveniente distinguir las finalidades que buscan ambas figuras para que su regulación positiva este más acorde a los derechos fundamentales con los que se encuentren inmiscuidos.

1.3.2 Finalidad

Coincidiendo con ASECIO MELLADO, el problema de la prisión preventiva no reside en su existencia, ya que lo deseable pero inviable sería mantener la libertad de todas las personas sujetas a un proceso penal hasta el momento de dictarse una sentencia³⁵, sino yace en la forma en que se encuentre regulada y la finalidad político-criminal con la que se encuentre dirigida.

³² Sentencia 19/1999 del Tribunal Constitucional Español, Sala 2ª, de 22 de febrero de 1999. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3761> . Última consulta 28 de abril de 2020.

³³ DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. “La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Anuario de Derecho Penal*, 2008, pág. 97.

³⁴ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Manuel. “La prisión provisional en la doctrina del Tribunal Constitucional”. *Aldaba: revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*, 1992, no 18, pág. 12.

³⁵ ASECIO MELLADO, José María. *La prisión provisional*. Madrid: CIVITAS, 1986, pág. 30.

La prisión preventiva oficiosa en México

Hemos afirmado anteriormente que la figura de la prisión preventiva tiene un papel importante en la actuación del *ius puniendi* del Estado. Esto es así porque su existencia deriva de un conflicto de intereses o deberes del Estado: por un lado, el deber de asegurar la libertad de los ciudadanos, y por otro, el deber estatal de mantener la seguridad de la población.

Siguiendo esa línea, el Juez M. Zekia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia *Wemhoff vs. Alemania*, de veintisiete de junio de 1986, ha señalado que estos intereses exigen un sacrificio parcial del derecho a la libertad, por tanto, se debe de mantener un equilibrio intermedio entre los intereses del Estado y el derecho a la libertad que tiene el ciudadano³⁶.

He aquí la difícil contradicción que presenta la prisión preventiva en un Estado tendente a adoptar un sistema de justicia rehabilitadora, pues estamos ante intereses igualmente legítimos y dignos de protección en un Estado Social y Democrático de Derecho, empero, es en la finalidad con la que se encuentre dirigida esta figura donde podremos observar si responde a un carácter democrático, autoritario o totalitario de un ordenamiento.

En este sentido, debemos de señalar que al momento de adoptar la prisión preventiva como medida cautelar debemos tener en cuenta el principio de excepcionalidad, de modo que solo se impondrá en casos cuando resulte absolutamente necesario y en los que no quede otra opción menos lesiva, imperando en todo momento la libertad como regla general. Así, PÉREZ LÓPEZ señala que al ser la prisión preventiva una anticipación de pena futura e incierta, ésta se debe de imponer con una finalidad cautelar, que será en los únicos casos en que se podría justificar la privación de derechos de un imputado³⁷.

Para BECCARIA, la custodia de un ciudadano debe durar el menos tiempo posible y “*no puede ser más que la necesaria o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos*”³⁸. Ante estos supuestos señalados no cabe duda de la naturaleza cautelar de esta institución jurídica, ya que son propicios a asegurar el desarrollo del proceso y la compurgación de una condena posterior.

³⁶ Sentencia 2122/64 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “*Wemhoff Vs. Alemania*”, de veintisiete de junio de 1986. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-165134>. Última consulta el 23 de abril de 2020.

³⁷ PÉREZ LÓPEZ, Jorge A. “El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva”. *Derecho y Cambio Social*, 2014, vol. 11, no 36, pág. 2.

³⁸ BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y ... Op. cit.*, pág. 46.

En este contexto, FERNÁNDEZ ENTRALGO clasifica en cuatro finalidades o supuestos en los que se legitima la imposición de la prisión provisional: a) para evitar la frustración del proceso impidiendo la fuga del reo; b) evitar la ocultación de futuros medios de prueba; c) evitar la reiteración delictiva por parte del imputado; y, d) satisfacer las demandas sociales de seguridad³⁹.

a. Evitar la frustración del proceso impidiendo la fuga del reo

Si hacemos un breve estudio dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, podremos observar que el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁴⁰, establece que, después de destacar que la prisión preventiva no debe ser regla general, la libertad de las personas podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en tres fases procesales: en el acto del juicio, en cualquier momento de las diligencias procesales o, en su caso, para la ejecución del fallo.

En este mismo sentido, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), dentro de su numeral 5, inciso c)⁴¹, establece que procederá la privación de la libertad de una persona cuando existan indicios razonables que permitan establecer que el imputado ha cometido una infracción, cuando se estime necesario para impedirle que cometa una eventual infracción o que huya después de haberla cometido.

Siguiendo esa misma línea, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) ha señalado en su artículo séptimo⁴², que será procedente y legítimo imponer la prisión preventiva

³⁹Citado por ASENCIO MELLADO, José María. *La prisión ... Op. cit.*, pág. 9.

⁴⁰ Artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “*Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*”.

⁴¹ Artículo 5, inciso c), del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “*Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido*”.

⁴² Artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “*1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en*

cuando se dirija a cumplir sus fines legítimos, entre ellos, prevenir el riesgo de que el imputado eluda la acción de la justicia.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su “Guía práctica para reducir la prisión preventiva”, ha establecido que entre los fundamentos legítimos de la prisión preventiva se encuentra el del peligro de fuga, entendida esta como el riesgo de que la persona imputada intente eludir el accionar de la justicia⁴³.

En consecuencia, la generalidad de las disposiciones internacionales coincide en que esta finalidad, una vez que se judicialice la causa penal, tendrá como propósito el de asegurar la presencia del imputado durante el desarrollo del proceso penal hasta la emisión del respectivo fallo o el efectivo cumplimiento de la condena impuesta, en caso de una determinación condenatoria.

Por otro lado, también es procedente la imposición de la prisión preventiva a efectos de evitar la frustración del proceso en casos en los que se haya incumplido algún medio de solución alterna al conflicto, como la suspensión condicional del proceso, o en casos en que diversas medidas cautelares impuestas hayan sido incumplidas por parte del imputado y se demuestre objetivamente su falta de voluntad de continuar cooperando durante el respectivo proceso.

Por parte de algunos miembros de la doctrina, sostienen que la finalidad de imponer la prisión provisional con el fin de evitar la fuga del reo no consiste únicamente en garantizar la imposición de la futura pena, sino que es el ejercicio del *ius puniendi* del Estado con el cual se garantiza a los ciudadanos la efectiva administración de justicia⁴⁴.

Así pues, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, ha dejado de manifiesto que esta medida cautelar con la finalidad de evitar la sustracción del imputado se encuentra dirigida a asegurar el éxito en el proceso, aclarando que no es una medida punitiva sino

libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

⁴³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Guía práctica para reducir la prisión preventiva”, 2016, pág. 10. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/GUIA-PrisionPreventiva.pdf>. Última consulta el 20 de mayo de 2020.

⁴⁴ ASECIO MELLADO, José María. *La prisión ... Op. cit.*, pág. 34.

de carácter cautelar, cuyo objetivo es la de resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional⁴⁵.

b. Evitar la ocultación de futuros medios de prueba

Su objetivo consiste en evitar que el imputado pueda ocultar o destruir los medios de prueba que en su momento servirán para su respectiva valoración en juicio. También se prevé para situaciones en las que el imputado tenga comunicación con terceras personas que ayuden a la destrucción u ocultación de los medios probatorios. Para un sector de la doctrina, este supuesto tiene una clara función cautelar, pues garantiza el mínimo material fáctico sobre el que deberá apoyarse la acusación.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, ha establecido que, como regla general durante el proceso, la figura de la prisión preventiva deberá imponerse exclusivamente en supuestos en donde existan indicios razonables de criminalidad; pues de lo contrario, se estaría atentando contra la presunción de inocencia y se garantizaría nada menos que la prosecución del proceso penal a costa de la libertad. En ese tenor, el Tribunal destacó que la utilización de la prisión con el fin de impulsar la investigación del delito para obtener pruebas o declaraciones resulta inconstitucional, pues sería una incorrecta apreciación de su presupuesto y de su fin, dando como resultado un exceso de los límites constitucionales⁴⁶.

A pesar de la unanimidad de la doctrina por adoptar esta finalidad como un presupuesto esencial para asegurar el éxito del proceso penal, existen autores como FERRAJOLI quienes sostienen que, dentro de una concepción acusatoria del proceso, la prisión preventiva “*no solo no es necesaria, sino que resulta perjudicial para la averiguación de la verdad por el cauce del juicio contradictorio*”⁴⁷. Aunado a lo anterior, PISAPIA añade que esta función puede acarrear severos daños al ejercicio del derecho de defensa del imputado, pues al estar privado de su libertad, se vería limitado de su posibilidad de utilizar u obtener todas las pruebas que considere oportunas para su defensa⁴⁸.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. de 5 de agosto de 2002. Exp. 1567-2002-HC/TC. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01567-2002-HC.html>. Última consulta el 20 de mayo de 2020.

⁴⁶ Sentencia 128/1995 de TC, Sala 2ª, de 18 de abril de 2006. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2982>. Última consulta el 20 de mayo de 2020.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi; BOBBIO, Norberto. *Derecho y razón... Op. cit.*, pág. 558.

⁴⁸ PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. Padoua: Cedam, 1982, pág. 262.

Ante esta posición hemos de coincidir con MAIER, al afirmar que, al adoptar esta medida cautelar con este propósito, obedecería a la necesidad de garantizar al imputado su derecho de defensa, asumiendo que su presencia en el proceso deviene indispensable⁴⁹.

Se podría cuestionar este último razonamiento ya que se estimaría que es más justo detener preventivamente a una persona que desarrollar un proceso en rebeldía, sin embargo, esta medida se encuentra justificada como *conditio sine qua non* del proceso penal, puesto que, ante la ausencia de esta figura procesal resultaría ineficaz el proceso para lograr el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. En conclusión, y siguiendo con esta última interpretación, coincidimos con DEI VECCHI, quien al referirse al respecto señala que lo que hay que probar es si “*esos fines del proceso pesan más que el derecho a permanecer en libertad. Como fuere, el resultado de la ponderación no parece en ninguno de los casos concluyente*”⁵⁰.

c. Evitar la reiteración delictiva por parte del imputado

Este supuesto se basa en evitar la actuación del imputado contra bienes jurídicos de la víctima y el peligro de reiteración en sentido estricto. Se cuestiona fundamentalmente por parte de la doctrina⁵¹ que se diluye su naturaleza cautelar bajo este supuesto, ya que se impone bajo una función esencialmente de peligrosidad, tratando de evitar así la reiteración delictiva (prevención especial) y empleándose como medio para asegurar el orden social (prevención general).

Por parte de la jurisprudencia constitucional española, ha diferenciado este supuesto del resto que se han mencionado hasta ahora y ha señalado que se encuentra en un plano diferente, aunque íntimamente relacionado⁵². A pesar de lo anterior, no se han desarrollado pautas claras que nos permitan establecer el grado de reiteración delictiva para poder concluir que existe y así motivar la determinación judicial que la imponga.

Así pues, al basarse este supuesto en el peligro potencial y presumido del imputado para la sociedad, se restringe la autonomía de conciencia que corresponde a toda persona, incluso afirma FERRAJOLI que este supuesto “*al hacer recaer sobre el imputado una presunción de*

⁴⁹ Citado por DEI VECCHI, Diego. “Acerca de la justificación de la prisión preventiva...” *Op. cit.*, pág. 210.

⁵⁰ *Ibidem*, pág. 212.

⁵¹ ORTELLS RAMOS, Manuel. “Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1978, vol. 244, pág. 455.

⁵² Sentencia 128/1995 del Tribunal Constitucional Español, Sala 2ª, de 26 de julio de 1995. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2982>. Última consulta el 20 de mayo de 2020.

*peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad”*⁵³.

Por su parte, MORA-SÁNCHEZ ha señalado que es incuestionable el contenido punitivo de esta causal, añadiendo que desnaturaliza el carácter precautorio-procesal de tal medida, ya que implica “*el flagelo directo de los estándares interamericanos de protección de los derechos fundamentales relativos a las personas implicadas en una causa penal*”⁵⁴.

Por el contrario, si analizamos este presupuesto bajo la óptica de la Corte Suprema de los Estados Unidos dentro su fallo *Gerstein v. Pugh*⁵⁵, tendremos que esta medida no busca asegurar los fines del juicio y la efectiva aplicación de la pena impuesta, sino que busca preservar la seguridad de la comunidad, afirmando que los intereses del gobierno pueden justificar, en circunstancias apropiadas, la detención provisional de personas peligrosas.

Este sentido de que el interés de la sociedad para prevenir el crimen debe prevalecer sobre la libertad individual se ve reflejado en distintos ordenamientos jurídicos, como es el caso de España, el cual en su artículo 503.2 de la LECrim establece que “*procederá a dictarse la prisión provisional para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos, tomando en cuenta las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos*”.

Bajo esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Matznetter*⁵⁶ y *Wemhoff*⁵⁷, ha determinado la validación de la causal del riesgo de repetición de delitos siendo compatible con el numeral 5º de la Convención, pues se debe tomar en cuenta si la persona sujeta a proceso ha tenido una continuación prolongada en los actos imputados, así como la nocividad de su comportamiento, experiencia y capacidades que permitan al juzgador considerarlo como susceptible de reiterar el delito.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi; BOBBIO, Norberto. *Derecho y razón... Op. cit.*, pág. 553.

⁵⁴ MORA-SÁNCHEZ, Jeffrey José. “Las causales de prisión preventiva de naturaleza punitiva a la luz del control difuso de convencionalidad”. *Acta Académica*, 2014, vol. 54, pág. 192.

⁵⁵ Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América “*Gerstein Vs. Pugh*”, de 18 de febrero de 1975. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/420/103/>. Última consulta el 20 de mayo de 2020.

⁵⁶ Sentencia 2178/64 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de junio de 1968. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-165137>. Última consulta el 20 de mayo de 2020.

⁵⁷ Sentencia 2122/64 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “*Wemhoff vs. Alemania*”... *Op. cit.*

Respecto al riesgo de reiteración delictiva, en el caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*⁵⁸ la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó que las medidas cautelares que afecten a la libertad de los individuos deben basarse en los principios de necesidad y proporcionalidad, aceptando como supuestos la obstaculización de la investigación, el peligro de fuga del acusado y el potencial peligro de que pueda cometer un delito.

Por lo anteriormente expuesto y como bien han demostrado los diversos instrumentos internacionales, se acepta la idea de que se justifique la privación de la libertad en el supuesto de una potencial conducta criminal. Atento a ello, es importante resaltar que, dentro de un Estado democrático de Derecho, esta determinación debe fundamentarse en datos concretos y objetivos que permitan convencer al juzgador de la existencia del riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos.

Lo cierto es que, en la práctica, cada vez es más frecuente ver que se abusa de este supuesto, alejándose de las exigencias estrictamente cautelares y dirigiéndose a finalidades en atención a la peligrosidad del imputado, por lo que cualquier determinación judicial que no atienda a la función procesal-cautelar debe considerarse ilegítima.

d. Satisfacer las demandas sociales de seguridad

Nos encontramos ante la finalidad que cumple una función netamente retributiva, cuyas características son similares a la de la pena. Si bien a simple vista se podría confundir con la finalidad de evitar la reiteración delictual del imputado, esta atiende a cuestiones de “alarma social” y a la “frecuencia” con la que se cometen ciertos delitos que perturban la seguridad de una población⁵⁹.

Así, ASECIO MELLADO define que la “alarma social” consiste en el rechazo o repulsa ciudadana a ciertos delitos, mientras que la “frecuencia” es la reiterada comisión de delitos de misma naturaleza que da lugar a una reacción social contra esa situación⁶⁰.

⁵⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “*Ricardo Canese Vs. Paraguay*”, de 31 de agosto de 2004. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf. Última consulta el 18 de abril de 2020.

⁵⁹ ASECIO MELLADO, José María. *La prisión ... Op. cit.*, pág. 39.

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 87.

Sin embargo, consideramos que, si se emplean estos términos como supuestos para la imposición de la prisión preventiva, resultan ser imprecisos, pues tienden a la conciencia interna de la ciudadanía y a la zozobra que genera la comisión de ciertos delitos. En este sentido, cuestionamos su legitimidad por atender meramente a un populismo punitivo sin justificación alguna, pues no concierne con los propósitos esencialmente procesales o cautelares y, en consecuencia, tendríamos una ejecución provisional o anticipada de la pena.

Por otro lado, la represión inmediata en ambos objetivos (alarma social y frecuencia) configura una falsa satisfacción del anhelo social de justicia, cuando en realidad se está procesando una causa en la que por su etapa procesal no se ha determinado más allá de toda duda razonable la responsabilidad penal de la persona privada de su libertad.

En efecto y tal como lo manifestó GASCÓN INCHAUSTI, la finalidad del proceso penal no es aplacar la alarma social o “*actuar como “bálsamo” sobre la sociedad; se trata de tareas estrictamente gubernativas, o administrativas, que en modo alguno están encomendadas a los órganos jurisdiccionales penales*”⁶¹. En este sentido cabe destacar a MATÍAS PINTO, quien compara la labor de los jueces con la de policías cada vez que aplican la prisión preventiva con fines policiales para evitar que los ciudadanos cometan ilícitos potenciales o disminuir la inseguridad⁶².

Así pues, esta finalidad tristemente ha cobrado mayor fuerza en los últimos años en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del continente americano, especialmente el caso de México, en donde no solamente existe la tendencia del incremento a las penas de considerable duración, sino a la reducción de las garantías materiales y procesales de sus ciudadanos.

1.3.3 Lineamientos para la legítima privación provisional de la libertad en un Estado Social y Democrático de Derecho

Tomando en cuenta que la prisión preventiva debe dirigirse a finalidades esencialmente procesales, en este apartado nos referiremos a los lineamientos que con acierto han sido propuestos

⁶¹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *La reforma de la prisión provisional en España*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, pág. 22.

⁶² PINTO, Ricardo Matías. “Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera”. *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2007, no 7, pág. 334.

por ASECIO MELLADO para poder determinar si la aplicación de la prisión preventiva resulta legítima o compatible con el prisma del Estado de Derecho.

En línea con esta intención se pueden enumerar cinco lineamientos principales a los que debe atender toda privación precautoria de la libertad: a) excepcionalidad; b) proporcionalidad; c) provisionalidad; d) instrumentalidad; y, e) jurisdiccionalidad⁶³.

a. Excepcionalidad

La regla general que debe imperar en todo momento del proceso penal debe ser la libertad del imputado, siendo la limitación del derecho a la libertad una excepción, recurriendo a ella cuando sea única y absolutamente necesaria. En este aspecto, MELLADO aclara que el hecho de que la limitación sea excepcional no significa que no pueda restringir el derecho a la libertad, pues en cualquier Estado democrático se puede privar de este derecho siempre y cuando se respete toda una serie de requisitos establecidos previamente por ley⁶⁴.

Esta limitación solo podrá ser compatible con los estándares de un Estado social y democrático si no excede de los límites establecidos por la ley y cuando con otra medida menos gravosa no sea posible alcanzar los fines pretendidos⁶⁵. En este sentido, nunca una medida privativa de libertad podrá imponerse de manera automática en el proceso, ya que se supone en todo momento el derecho a la libertad, de lo contrario sería una privación ilegítima.

b. Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, que empezó su principal difusión con las ideas y pensamientos de la ilustración, siendo divulgado en gran medida por BECCARIA en su obra *Tratado de los delitos y de las penas*, es actualmente uno de los principios más importantes en los actos legales y judiciales en un Estado Social y Democrático de Derecho, fungiendo un papel importante al condicionar la intervención del Estado al grado de minimizarla y controlarla.

Empero, la proporcionalidad es un concepto jurídico indeterminado puesto que no responde a una concepción que concrete sus alcances exhaustivamente, solamente se define en términos generales. Por su parte el Tribunal Constitucional español en su sentencia 55/1996, de 28 de

⁶³ ASECIO MELLADO, José María. *Prisión Provisional. [Sesión de conferencia]... Op. cit.*

⁶⁴ *Ídem.*

⁶⁵ HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel. "Prisión provisional y garantías". *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2011, pág. 61.

marzo⁶⁶, de manera concreta analiza este principio en tres puntos o subprincipios que consideramos importante recalcar: i) el de idoneidad el cual alude a que la medida debe ser apta o eficaz para alcanzar el fin pretendido; ii) el de necesidad de su existencia que implica que no se pueda optar por otra medida que no tenga el mismo efecto lesivo a los derechos afectados; y iii) el de proporcionalidad en sentido estricto que exige que la medida, idónea y necesaria, guarde relación con el fin perseguido⁶⁷.

En este sentido, debe realizarse un juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto al momento de aplicar la medida restrictiva del derecho a la libertad, relacionándolo en todo momento con el cumplimiento de uno de los fines meramente procesales que se han abordado anteriormente.

c. Provisionalidad

Este carácter hace referencia a que la restricción de la libertad debe ser provisional, es decir, que se encuentre supeditada a la vigencia de un determinado evento, es por ello que se encuentra íntimamente ligado con el carácter de la temporalidad. Según GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, dentro de este lineamiento “*cabría incluso hablar de caducidad, pues es una institución que no ambiciona perpetuarse en el tiempo, en un moderno Estado de Derecho, si las contumaces circunstancias fácticas que la impulsaron perviven en el tiempo*”⁶⁸. Siguiendo a ASECIO MELLADO, el fundamento de la provisionalidad se encuentra justificado por la necesidad de garantizar la efectividad del proceso penal, la eventual ejecución de la sentencia y siendo también justificada por cualquier medio de extinción del proceso⁶⁹.

Es por estas razones, que la ley adjetiva establece un sistema de plazos por el cual debe estar limitada la prisión preventiva, y cuya extensión en todo caso debe ser inferior a la pena privativa de libertad que eventualmente se imponga.

⁶⁶ Sentencia 55/1996 del Tribunal Constitucional Español, de 28 de marzo de 1996. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3107>. Última consulta el 15 de marzo de 2020.

⁶⁷ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, pág. 166.

⁶⁸ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica... Op. cit.*, pág. 5.

⁶⁹ ASECIO MELLADO, José María. *La prisión ... Op. cit.*, pág. 43.

d. Instrumentalidad

Ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina que una característica esencial de las medidas cautelares es su instrumentalidad. En este sentido, CALAMANDREI ha enfatizado que esta característica consiste en que las medidas adoptadas en el proceso no son nunca un fin en sí mismas, sino más bien se encuentran preordenadas a la emanación de una ulterior resolución definitiva⁷⁰.

Así, la prisión preventiva se encuentra orientada a cualquiera de los fines que se han explicado anteriormente que correspondan con el carácter precautorio-procesal, por lo que no se garantiza la eficacia un proceso futuro o distinto, sino a solo ese proceso concreto y específico que se esté atendiendo.

Por su parte, HERNÁNDEZ GÓMEZ señala que la instrumentalidad es una característica propia de las medidas cautelares, y consiste en que solo se pueda adoptar la medida cuando exista un proceso penal en curso, actual y no inminente, debiendo decretarse el levantamiento de la medida una vez que finalice o se decrete la extinción del mismo⁷¹.

e. Exclusividad Jurisdiccional

En tanto que la prisión preventiva es una medida que restringe el derecho fundamental de la libertad, la adopción de este acto deberá reflejarse mediante una resolución emitida única y exclusivamente por los órganos del Poder Judicial⁷². Además, como refiere HERNÁNDEZ GÓMEZ, ha de ser el juez señalado por la Constitución, es decir, el juez legal predeterminado por la Ley, a quien corresponda la actuación limitativa del derecho en cuestión⁷³.

El fundamento del principio de exclusividad jurisdiccional se encuentra en las funciones propias de control y garantía del juez, ya que es este sujeto procesal quien debe verificar la legalidad, proporcionalidad y procedencia de las medidas que puedan llegar a afectar los derechos fundamentales del imputado.

En este aspecto, la importancia del principio en estudio implica que la aplicación de la medida cautelar debe estar sustentada tanto por la premisa normativa, consistente en las

⁷⁰ Citado por ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley, 2000, pág. 37.

⁷¹ HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel. “Prisión provisional y...”, *Op. cit.*, pág. 22.

⁷² AENCIO MELLADO, José María. *La prisión ... Op. cit.*, pág. 51.

⁷³ HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel. “Prisión provisional y...”, *Op. cit.*, pág. 64.

condiciones legales que autorizan su aplicación, así como la premisa fáctica, consistente en los hechos objetivos que permitan justificar la validez de su imposición. Es así como el principio de legalidad también se encuentra estrechamente ligado con el de la jurisdiccionalidad, pues la primera limita la discrecionalidad judicial, mientras que la segunda evita el encarcelamiento mediante mecanismos legales automáticos.

1.4. Presupuestos generales de las medidas cautelares personales en el proceso penal

Una vez establecido el concepto, naturaleza y finalidades de la prisión preventiva, conviene ahora mencionar los presupuestos generales que por parte de la doctrina se exigen para que se pueda adoptar cualquier medida cautelar:

1.4.1. *Fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho

Este presupuesto material exige la existencia de indicios razonables y suficientes de criminalidad que permitan atribuir el hecho punible al imputado⁷⁴. Establece la imputación como presupuesto necesario para cualquier medida cautelar ya que sin ella no existe la posibilidad de imponer ninguna de las medidas cautelares, sean personales o reales.

En este presupuesto no basta con una mera sospecha o un indicio racional sobre la culpabilidad del imputado, sino que existan elementos suficientes que den pauta a considerar al imputado como criminalmente responsable del delito. En este sentido, no cabría la imposición de la medida cautelar ante la existencia de alguna causa de extinción de responsabilidad.

Asimismo, para algunos miembros de la doctrina se debe tener en cuenta la gravedad del hecho punible el cual debe estar revestido de una especial gravedad, por lo que habrá de ponderarse la pena prevista para ciertas conductas delictivas, así como considerar otras circunstancias concurrentes que incrementen el peligro de fuga.

1.4.2. *Periculum in mora* o daño jurídico derivado del retraso del procedimiento

Hace referencia al peligro de sustracción del imputado o peligro de fuga que, consecuentemente, imposibilitaría la ejecución de la eventual pena a imponer. Bajo este presupuesto también se consideran las conductas de reiteración delictiva o ataque a los bienes

⁷⁴ CARNERO FERNÁNDEZ, Lydia. *Prisión provisional: ¿excepción o regla?*, Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2019, pág. 24.

jurídicos de la víctima, ya que estas conductas implican el retraso u obstaculización del curso ordinario del procedimiento.

El peligro de evasión del imputado al proceso, de acuerdo con el *periculum in mora*, va incrementando en la medida en que el hecho atribuido sea de mayor peligrosidad y, por tanto, la eventual pena que se imponga sea de mayor gravedad.

De acuerdo con HERNÁNDEZ GÓMEZ, el criterio de gravedad deberá tomar en cuenta también las circunstancias personales del imputado, tales como sus condiciones familiares, laborales y económicas, para que de esta manera el peligro de fuga se encuentre fundado para la sujeción del imputado al proceso penal⁷⁵.

En este sentido y en concordancia con ARAGONESES ALONSO, los criterios del presupuesto de *periculum in mora* se pueden clasificar en dos grupos: en primer lugar, los subjetivos o relacionados con las circunstancias personales del imputado (v.g. antecedentes penales, no acreditación de un domicilio fijo), mientras que, por otro lado, están los objetivos o relacionados al presunto delito cometido (v.g. gravedad de los hechos)⁷⁶.

⁷⁵ HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel. “Prisión provisional y...”, *Op. cit.*, pág. 66.

⁷⁶ ARAGONESES ALONSO, Pedro; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara. *Instituciones de derecho procesal penal*. Madrid: Rubí, 1981, pág. 258.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN MÉXICO.

“Que todo el que se queje con justicia tenga un tribunal que lo escuche, lo ampare y lo proteja contra el fuerte y el arbitrario.” – José María Morelos y Pavón

2.1. Consideraciones previas

El año 2008 marcó un antes y un después para la justicia en México. Se aprobó la transición de un modelo de justicia penal mixto de hegemonía inquisitorial a un modelo de corte acusatorio-garantista. Tuvo que transcurrir más de un siglo para que el modelo de enjuiciamiento criminal en México cambiara para responder a las exigencias del espíritu democrático que propugnaban los Sentimientos de la Nación⁷⁷ de José María Morelos y Pavón y su proyecto de Constitución de Apatzingán de 1814.

Este profundo proceso de transformación que vivió México se debió, por un lado, a la tendencia de las últimas décadas de los Estados latinoamericanos en adoptar modelos de interpretación y aplicación de la norma que fueran acordes con la era de la globalización de los Derechos Humanos y, por otra parte, ante la falta de eficiencia del sistema penal mexicano que se había visto rebasado frente al preocupante fenómeno de la delincuencia en México y la globalización del mismo. De esta manera, el reto parecía haberse planteado a partir de un falso dilema: ¿seguridad o derechos?, ¿combate de la inseguridad o vigencia de la Constitución?

La solución ante este planteamiento se encontró en la salvaguarda de los derechos y libertades de los ciudadanos en un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que optara por la adopción de un sistema de justicia penal profesional, con credibilidad, transparencia y responsable de todos sus actos y decisiones, en síntesis, un sistema integral que fuera cercano a la gente y confiable ante los ojos de la sociedad.

⁷⁷ En 1813, en Oaxaca, el sacerdote José María Morelos y Pavón, encargado del movimiento insurgente contra el dominio español, redactaba los Sentimientos de la Nación, en el cual se establecían los anhelos y el pensamiento liberal para la transformación del país, enfatizando en la importancia de crear un órgano depositario de la soberanía popular.

La prisión preventiva oficiosa en México

Es así como a partir de la aprobación de la reforma penal en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en junio de 2008, este nuevo paradigma empezaba a tomar forma tomando en cuenta que el proceso penal debía regirse conforme a los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, cuyo objeto se centraría en el esclarecimiento de los hechos, la protección del inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparasen.

En este sentido, el imputado dejó de ser un objeto en la investigación y se le confirió su carácter de sujeto en el proceso con el derecho inherente a la presunción de inocencia al establecer la Constitución lo siguiente:

“Artículo 20. [...] B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no sea declarada su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa [...].”

De esta manera se consagró la presunción de inocencia como derecho fundamental de cualquier persona sometida al proceso penal dejando atrás los momentos turbios en la historia de México en la que se caracterizaba este principio por su ausencia, pues retomando los antecedentes del orden jurídico mexicano encontramos que durante varias décadas tuvo como tránsito la llamada “intencionalidad delictiva⁷⁸”, es decir, que se obligaba al imputado a probar su inocencia contra el aparato punitivo del Estado mexicano.

Lo anterior también responde al compromiso asumido por México en diversos instrumentos internacionales que había suscrito, entre ellos destacan la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.2)⁷⁹; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

⁷⁸ Como se advierte del texto original del “Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931”, que dice: “Artículo 9º. *La intención delictiva se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias: I. Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño; II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado; III. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícita violarla; IV. Que creía que era legítimo el fin que se propuso; V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito, y VI. Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que hable el artículo 93”.*

⁷⁹ Artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “*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: [...]*”.

(artículo 14.2)⁸⁰; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 26)⁸¹; y la Declaración Universal sobre Derechos Humanos (artículo 11.1)⁸².

Por otro lado, en atención a la vigencia de 32 códigos procesales penales que operaban en los 31 estados de la República y el Distrito Federal, ahora Ciudad de México, y con el fin de unificar los lineamientos comunes en materia procesal penal para toda la Federación, el cinco de febrero del 2014, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión aprobó el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP en adelante) aplicable para todo el país, y que, una vez transcurrido el plazo de *vacatio legis* que establecía la reforma penal, entraría en vigor el 18 de junio del 2016.

Así pues, tras cuatro años de su implementación en todo el territorio nacional mexicano, tenemos un intrincado sistema de justicia acusatorio que implicó un importante esfuerzo de todas las instituciones de gobierno, tanto a nivel local como federal, pero que, como bien señala el Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., “*su implementación se caracterizó por la improvisación y por una dinámica de prueba y error*”⁸³, teniendo como consecuencia un poco impacto en su operación efectiva.

Ante su incorporación y funcionamiento en todo el territorio mexicano, este nuevo modelo de impartición de justicia fue –y sigue siendo– criticado constantemente desde distintos sectores de la sociedad ya que, por una parte, le fue reprochado el fenómeno de la “puerta giratoria”, es decir, la fácil “liberación” de los imputados que ingresaban al sistema, provocando una falsa sensación de impunidad en la sociedad y, por otro lado, la visión de un sistema penal inclinado a favorecer a los presuntos delincuentes.

⁸⁰ Artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*”.

⁸¹ Artículo 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre: “*Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas*”.

⁸² Artículo 11.1 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos: “*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*”.

⁸³ NOVOA, María; SILVA, Karen; DE LA ROSA, Carlos. *Hallazgos 2016: evaluación del sistema de justicia penal*. Resumen Ejecutivo. 2017, pág. 10. Disponible en: <http://cidac.org/wp-content/uploads/2016/07/resumen-hallazgos-2.pdf>. Última consulta 27 de abril de 2020.

La prisión preventiva oficiosa en México

Lo anterior se puede explicar por dos razones fundamentales. En primer lugar, por el hecho de que este sistema adoptó nuevos mecanismos alternos de solución al conflicto, nuevos medios de terminación anticipada y nuevas medidas cautelares que, en un inicio, buscaban priorizar y emplearse como opciones alternas a la custodia cautelar y que cumplieran con el mismo propósito de asegurar la presencia del imputado durante el proceso, o bien, conseguir la extinción del proceso por una vía alterna a la pena de prisión.

En segundo lugar, esta falsa percepción de favorecimiento a los delincuentes se debió por el gran número de casos en los que se determinó la detención ilegal de los imputados, esto debido a la poca preparación y capacitación de los operadores del sistema, entre ellos, el de policías, tanto primeros respondientes como investigadores, considerados como el eslabón más débil de todo el sistema, pues se constataban los constantes abusos y torturas que efectuaban durante la investigación del delito.

De tal manera que era frecuente ver –incluso hoy en día– casos en donde se detenían a personas sin que existiera flagrancia o sospecha alguna, que hubiera intromisiones a domicilios sin orden judicial, que se “sembraran” evidencias inculpativas o se practicaran prolongaciones de detenciones injustificadas, imposibilitando estas circunstancias a que el ministerio público pudiera formular argumentos sólidos que acreditaran una detención legal, y por tanto, los órganos jurisdiccionales tuvieran que determinar la violación a las reglas del proceso.

Estos dos fenómenos dieron lugar a que diversos personajes influyentes de la política y organizaciones de la sociedad civil cuestionaran la labor en materia de seguridad de los jefes del poder ejecutivo de las entidades federativas, del propio Presidente del Ejecutivo Federal de entonces, así como de la labor del Poder Judicial ante la “lucha contra el narcotráfico”. Estos supuestos retos que tendría que afrontar el nuevo sistema penal volvería a plantearse en el falso dilema que se ha comentado anteriormente, pues se tenía la percepción de considerar que la democracia no era apta estructuralmente para los requerimientos de seguridad que imperaban aun con el funcionamiento de este nuevo modelo de impartición de justicia.

Atendiendo a estos reclamos, pero sin evidencia contundente que los avalara, es que la prisión preventiva ha tomado un papel importante en el juego de la política mexicana, pues ha demostrado ser una medida eficaz para contener ese falso sentimiento de impunidad en la sociedad al ser proyectada como la solución al problema de la delincuencia y asumida como verdadera pena

convirtiendo a los imputados como culpables ante la opinión pública⁸⁴ y así, solapar las deficiencias de los operadores jurídicos, la ineficacia de política criminal mexicana y la falta de voluntad política de reforzar las instituciones de seguridad.

Ahora bien, la forma en que se estipuló este modelo de justicia tanto en la Constitución como en el Código Procesal, si bien en un inicio pretendía incorporarse como un sistema acusatorio meramente puro, contrajo fallas desde su origen que se pueden atribuir a las malas prácticas e influencias que permeaban en el anterior sistema, por lo menos en lo que se refiere a la regulación de la prisión preventiva, ya que, como se pretende abordar más adelante, dista de manera significativa en lograr operar acorde a los principios con los que se suponen rigen este sistema.

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

Dentro de esta serie de modificaciones que tuvo la Constitución mexicana a raíz de la reforma penal de 2008, se aprovechó para incorporar en el ordenamiento legal la figura de la prisión preventiva como medida cautelar en el proceso, estableciendo que, sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a su imposición y procederá cuando otras medidas no fueran suficientes para garantizar los fines del procedimiento. Sin embargo, hemos de señalar que aun con la condicionante que se establece para su imposición, de todos los códigos penales que operan en el país, cerca del 95% de los delitos tienen contemplada como sanción la privación de la libertad, pues en la realidad no existen sanciones alternativas a la cárcel porque no existen los mecanismos ni la infraestructura suficiente para hacerlas operables⁸⁵.

A pesar de lo anterior, el artículo 19 constitucional establece lo siguiente:

“Artículo 19. [...] El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. [...]”

⁸⁴ MORA-SÁNCHEZ, Jeffry José. “Las causales de prisión preventiva de naturaleza...”, *Op. cit.*, pág. 192.

⁸⁵ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA [INEGI]. *Estadísticas sobre el sistema penitenciario estatal en México* [Formato pdf], 2017, pág. 24. Disponible en: http://www.cdeunodc.inegi.org.mx/unodc/wp-content/uploads/2018/01/en_numeros2.pdf. Última consulta 28 de abril de 2020.

La prisión preventiva oficiosa en México

La forma en que esta parte del citado artículo se encuentra estipulada justifica la prisión preventiva como una excepción en casos extraordinarios en los que, conforme a los principios del proceso penal, el Fiscal en audiencia tendrá que justificar la necesidad de cautela, pudiendo invocar datos u ofrecer medios de prueba para su imposición, mientras que el órgano jurisdiccional deberá de tomar en consideración los argumentos o justificaciones que ofrezcan las partes aplicando el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona.

Este precepto es acorde conforme a lo que hemos venido desarrollado a lo largo del presente trabajo, pues la figura de la prisión preventiva encuentra su legitimidad dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho ya que ningún derecho se configura con un carácter absoluto, incluso el de la libertad, y lo mismo sucede con límites de los derechos, pues tanto el derecho como el límite que lo restringe deben de operar de manera armónica en el marco de las garantías constitucionales previstas para la protección de los individuos. Ahora, si diseccionamos entonces el precepto legal anteriormente citado podremos observar las cuatro finalidades que se mencionaron al inicio del presente trabajo en las que se legitima la imposición de la prisión provisional, las cuales son:

1. Para garantizar la comparecencia del imputado (evitar la frustración del proceso impidiendo la fuga del reo);
2. Garantizar la investigación (evitar la ocultación de futuros medios de prueba);
3. Garantizar protección de la víctima y testigos (evitar la reiteración delictiva por parte del imputado); y,
4. Cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado por diverso delito doloso (satisfacer las demandas sociales de seguridad).

Sin embargo, si proseguimos analizando la forma en que se encuentran reguladas estas finalidades podremos observar dos cuestiones que llaman la atención en cuanto que podrían llegar a vulnerar el principio de proporcionalidad, estas cuestiones serían respecto a su duración y procedencia.

2.2.1 Duración de la prisión preventiva

El primer punto que llama la atención, es respecto a la duración que podría llegar a tener la prisión preventiva de acuerdo a la Constitución mexicana. En este aspecto, la Carta Magna establece en su numeral 20, apartado B, fracción IX, que la prisión preventiva tendrá un límite máximo de hasta dos años mientras dure el proceso, plazo que podrá prolongarse cuando se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado.

Debemos mencionar que, en un inicio, con la aprobación del CNPP, se limitaba aún más la temporalidad que establecía la propia Constitución, toda vez que atendiendo al numeral 165 del ordenamiento adjetivo se establecía que su plazo no podía exceder de un año, siendo incluso esta limitación objeto de reconocimiento por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el *“Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas”* de 2017, al señalar que esta *“modificación [...] contempla un estándar más protector que la propia Constitución mexicana, misma que prevé una duración máxima de dos años”*⁸⁶. A pesar de lo anterior, esta limitante no tuvo mayor vigencia hasta el 17 de junio de 2016, fecha en que se reformó su contenido para ampliarlo por el plazo de dos años, que, de acuerdo con la exposición de motivos, se realizó con el objeto de armonizarlo con el plazo establecido por la Constitución.

Cabe destacar que esta temporalidad que prevé la norma para la prisión preventiva, la CIDH ha indicado que *“no puede ser establecido en abstracto [...] solamente porque así lo establece la ley [...] la razonabilidad debe estar fundada en la prudente apreciación judicial”*⁸⁷. Es decir, que el tiempo en que esté en reclusión una persona, será con el fin del esclarecimiento de los hechos, sin oportunidad de que este plazo opere sin actividad procesal de los órganos jurisdiccionales. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Sentencia de 2 de septiembre del 2004 ha señalado: *“[...] este Tribunal observa que la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto por el art. 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se*

⁸⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), OEA. *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*. 3 Julio de 2017, pág. 41. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/59b196604.html>. Última consulta el 22 de mayo de 2020.

⁸⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), OEA. *Informe 2/97, relativo a la prisión preventiva en Argentina*. 11 de marzo de 1997, punto 18. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm>. Última consulta el 19 de mayo de 2020.

*invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos*⁸⁸.

Por su parte, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), estima que cualquier dilación injustificada que se presente durante ese plazo, implicaría también que a la víctima no se le garantice su derecho de ser informada del desarrollo del proceso penal y a que se le respete su derecho a la reparación del daño, pues, al no existir sentencia firme no es posible su exigibilidad⁸⁹.

Si bien la Constitución mexicana establece que se tendrá que poner en inmediata libertad al imputado una vez concluido el plazo de dos años en caso de no haberse dictado una sentencia, también establece la posibilidad de imponer otras medidas cautelares mientras prosiga el proceso, sin embargo, podremos encontrar casos en los que se ha malinterpretado esta disposición como es el caso de la Recomendación No. 29/2017 que emitió la CNDH sobre el caso “arraigo en el domicilio” en el Estado de Chihuahua, pues 154 personas que se encontraban privadas de su libertad bajo la figura de la prisión preventiva y después de haber transcurrido los dos años, se les modificó la medida cautelar por el de “arraigo en el domicilio”, una medida cuyo contenido seguía siendo la privación de la libertad⁹⁰.

Lo anterior es un claro ejemplo del abuso desproporcional de la prisión preventiva en estricto sensu, ya que ni siquiera su privación se llevó a cabo en el domicilio de los imputados sino en un centro de arraigo, transgrediendo de esta forma todos los lineamientos que en el inicio del presente trabajo se explicaron para la aplicación legítima de cualquier medida restrictiva de la libertad.

⁸⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “*Instituto de Reeduación del Menor Vs. Paraguay*”, de 2 de septiembre de 2004, punto 229. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=221. Última consulta el 15 de mayo de 2020.

⁸⁹ COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (CNDH). *Pronunciamento sobre el plazo razonable en la prisión preventiva* [Archivo pdf], 13 de noviembre de 2017, página 20. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Informes/Especiales/PRONUNCIAMIENTO-PP.pdf>. Última consulta el 20 de mayo de 2020.

⁹⁰ COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (CNDH). *Recomendación No. 29/2017, Sobre el caso de las medidas cautelares impuestas como “arraigo en el domicilio” en el Estado de Chihuahua* [Archivo pdf], 14 de agosto de 2017. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/2017/Rec_2017_029.pdf. Última consulta el 1 de junio de 2020.

Conforme al principio de temporalidad, la restricción de la libertad no puede durar más que el tiempo estrictamente necesario en tanto persistan las circunstancias, presupuestos y fines que hayan dado como resultado su adopción. En este sentido, el CNPP establece que, cuando hayan variado de manera objetiva las condiciones que justificaron la imposición de la medida cautelar, se llevará a cabo una audiencia de revisión de medidas en la que se debatirá sobre la subsistencia de las condiciones y eventualmente se resolverá sobre su vigencia. En este aspecto consideramos que la regulación mexicana deja la decisión dentro un amplio criterio sobre la temporalidad de la medida, pues no existen lineamientos que permitan establecer un rango que corresponda conforme a la gravedad de los hechos y a la finalidad perseguida con la medida.

Caso contrario sucede en la legislación española, pues consideramos idóneo el sistema de plazos prefijado por el art. 504 LECrim, en el que se contemplan dos supuestos en los que se establecen los periodos de duración máxima de la prisión provisional conforme a la gravedad de los hechos y a la finalidad perseguida con la medida en cada caso concreto, los cuales son:

- Art. 504.2 LECrim. De acuerdo con este precepto, la prisión provisional será procedente en los casos en los que se tenga que asegurar la presencia del imputado por un riesgo de fuga o para evitar la reiteración delictiva del sujeto. Así, se prevé que en el caso de que el delito prevea una pena de prisión de tres años o inferior, la prisión provisional durará hasta un año, o, bien, dos años si se trata de delitos castigados con una pena superior a los tres años.

No obstante, si el tribunal advierte que la causa no podrá ser resuelta dentro de esos plazos, podrá prorrogar el plazo por una única ocasión, siendo por un plazo de hasta seis meses para el primer caso, o bien, hasta por dos años, en el segundo.

- Art. 504.3 LECrim. En este precepto se contempla para el supuesto en el que corra el riesgo de la ocultación, alteración o destrucción de los medios de prueba relevantes para el enjuiciamiento. En este caso, la duración de la medida no podrá ser mayor al de seis meses, sin establecer oportunidad de prórroga.

Con este sistema de plazos, no solamente se atiende al principio de proporcionalidad, sino también, al de seguridad jurídica y razonabilidad, pues se establecen parámetros para la fijación de la medida en cada una de sus funciones y, por tanto, no se deja tener una amplia discrecionalidad de las partes y del órgano jurisdiccional al momento de imponer la prisión provisional y así se

evita la posibilidad de establecer en todos los delitos el plazo máximo que establece la Constitución. Con esta regulación consideramos que, si se replica en el sistema jurídico mexicano, se estaría respetando la mínima intervención durante el proceso y se evitarían casos en los que se estarían imponiendo una anticipación de la pena.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido en diversas sentencias⁹¹ que los órganos judiciales tienen la obligación de supervisar, en cada caso particular, las condiciones y particularidades que subsistan para la vigencia de la prisión provisional. Así, parte de la obligación de la autoridad judicial es ejercer un control sobre la medida y vigilar que la duración de la prisión preventiva no exceda de los plazos o límites de lo razonable y para conseguir ese fin es preciso valorar y analizar todas las circunstancias de interés público que justifiquen su prevalencia.

Debemos de recordar la importancia que tiene regular de manera exhaustiva la duración de la prisión preventiva en cualquier ordenamiento jurídico de un Estado Social y Democrático de Derecho por dos razones fundamentales, en primer lugar, porque la prisión preventiva no debe exceder en su duración a la de la pena definitiva que eventualmente se pueda imponer, y en segundo lugar, porque esta medida no goza de las finalidades de la pena y, por ende, de sus beneficios consistentes en la reinserción social.

2.2.2 Procedencia de la prisión preventiva

La segunda cuestión que nos llama la atención es sobre la forma en que se encuentra regulada la procedencia de la custodia provisional en México. Uno de los supuestos que establece la Constitución mexicana es que procederá esta medida cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio⁹².

⁹¹ Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que remiten al respecto: Caso *Matznetter*, de 10 de noviembre de 1969; Caso *Letellier*, de 27 de agosto de 1992; y, caso *W. contra Suiza*, de 26 de enero de 1993.

⁹² Artículo 19 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: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa*”

¿Qué debemos entender por garantizar la comparecencia del imputado? El CNPP, en su artículo 168, establece que, para determinar si está garantizada o no la comparecencia del imputado, debemos tomar en cuenta el arraigo en donde tenga lugar el procesado, al máximo de la pena que en su caso podría imponérsele, a su comportamiento demostrado después del hecho delictivo y el desacato previo de citaciones o incumplimiento de las medidas cautelares impuestas en el transcurso del proceso.

En este aspecto, GÓMEZ PÉREZ cuestiona la redacción en la que se establece esta finalidad, ya que se entiende que impone la obligación del juez de garantizar la comparecencia del imputado, y de acuerdo con la autora, únicamente la prisión preventiva es la que la garantiza, en palabras de la autora: “*no es lo mismo que la prisión preventiva sea utilizada cuando el Juez tiene razones fundadas para pensar que el procesado puede “eludir la acción de la justicia”, que decirle al Juez que tiene que garantizar la comparecencia del procesado*”⁹³. De esta manera, concordamos con la autora en mención, ya que, en la práctica, la aplicación textual de este supuesto sirve en cualquier supuesto para la imposición de la prisión preventiva, so pretexto de “garantizar la comparecencia del imputado”.

habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud. La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso. El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad. Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente. Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculcado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal. Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades”.

⁹³ GÓMEZ PÉREZ, M. “La prisión preventiva en el nuevo código nacional de procedimientos penales”. RAMÍREZ, S. Y GONZÁLEZ, M., *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*. México: UNAM/IIJ, 2015, pág. 264.

La prisión preventiva oficiosa en México

Otro punto importante a destacar respecto de la regulación de la procedencia de la medida restrictiva de la libertad es sobre el bajo estándar probatorio que se requiere para su imposición, esto debido a que no establece ningún rango de valoración y control aplicable al razonamiento probatorio.

Así, el CNPP regula la figura de la prisión preventiva dentro del Capítulo IV con la denominación “medidas cautelares”, que abarca los artículos 153 al 175. En la parte que aquí nos ocupa, el numeral 154 establece los requisitos para que proceda la imposición de cualquier medida cautelar, los cuales consisten en que se haya formulado la imputación y se haya vinculado a proceso el imputado; posteriormente el numeral 167 establece que el fiscal podrá solicitar al Juez de control la prisión preventiva cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, para garantizar el desarrollo de la investigación, para la protección de la víctima o testigos, o cuando se demuestre que esté siendo procesado o haya sido sentenciado por diverso delito.

De este modo, tendríamos que, en caso de que el proceso inicie con una persona detenida, esta tendrá que ser puesta a disposición por el Ministerio Público ante la autoridad judicial en un plazo no mayor a las 48 horas, pudiendo duplicarse en casos de delincuencia organizada. Una vez presentada la solicitud para llevar a cabo la respectiva audiencia de control de la detención, el Tribunal tendrá un plazo de 72 horas para resolver la situación jurídica de la persona detenida. En audiencia, con presencia del detenido y su defensor, el Fiscal justificará la legalidad de la detención ante el Juez de control quien, una vez respetando el principio de contradicción, determinará la legalidad del acto. Si así fuese, el fiscal tendrá uso de la palabra para formular la imputación, posteriormente se le dará oportunidad al imputado para rendir su declaración; se resolverá su vinculación a proceso y se decidirá sobre las medidas cautelares que solicite la fiscalía. Será en este momento procesal en el que la fiscalía argumentará sobre los supuestos anteriormente mencionados para solicitar la prisión preventiva.

Los supuestos para imposición de la medida, como lo hemos desarrollado a lo largo del presente trabajo, se encuentran justificados y coincidimos con ellos, sin embargo, consideramos que los requisitos exigibles por la ley no son suficientes para su imposición. Lo anterior es así ya que de la lectura íntegra del numeral 167 del CNPP no hace mención alguna sobre el requisito de pruebas suficientes que hagan presumible la culpabilidad del procesado, ya que, como lo menciona

GÓMEZ PÉREZ, es necesaria “la existencia de pruebas suficientes que hagan presumible con bastante certeza, la culpabilidad del procesado, esto es, no solo su “presunta culpabilidad”, sino casi su culpabilidad”⁹⁴.

En concordancia con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el sentido siguiente: “*En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia*”⁹⁵.

En suma, es preciso para justificar la necesidad de la imposición de la prisión preventiva que se base en pruebas idóneas y suficientes que hagan presumible la culpabilidad del procesado o que sirvan para proyectar la realización del juicio y una eventual condena⁹⁶, por lo que es de suma relevancia que el ordenamiento adjetivo penal mexicano establezca pautas de razonabilidad claras que permitan tener un estándar probatorio intermedio, esto es, que no se adopte por un lado un estándar de prueba prevalente en el que el criterio judicial se base en la discrecionalidad del juez para preferir, de entre todas las hipótesis posibles, aquella que se encuentre más ajustada a la razón o probabilidad, y por el otro, que tampoco permita abrir una discusión en profundidad sobre la prueba, pues hacerlo resultaría en una anticipación del juicio y fortalecería la decisión judicial inicial de la privación de la libertad en todas las etapas del procedimiento.

Sin embargo, hasta este momento hemos venido abordando cómo se contempla la figura de la prisión preventiva justificada en México, y se distingue de esta manera porque dentro de esta figura procesal existen dos clases, la primera que hemos hecho mención y la segunda consistente en la prisión preventiva oficiosa. Si como lo hemos comentado a lo largo de este apartado, la regulación de la prisión preventiva justificada tiene un largo camino por recorrer para cumplir con

⁹⁴ GÓMEZ PÉREZ, M. “La prisión preventiva en el nuevo código nacional de procedimientos...”, *Op. cit.*, pág. 263.

⁹⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “*Palamara Iribarne Vs. Chile*”, de 22 de noviembre de 2005, punto 198. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=313&lang=en. Última consulta el 15 de mayo de 2020.

⁹⁶ BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. “Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile”. *Política criminal*, 2012, vol. 7, no 14, págs. 454-479.

la salvaguarda de derechos y libertades de los ciudadanos en un Estado Social y Democrático de Derecho, la prisión preventiva oficiosa, como se explicará a continuación, lejos está de formar parte siquiera de la razonabilidad.

2.3. La prisión preventiva oficiosa.

Hasta ahora solo hemos analizado una primera parte del artículo 19 Constitucional, referente a la prisión preventiva justificada, cuyas características muestran un intento por establecer un mínimo de lineamientos para la aplicación proporcional y racional de esta figura restrictiva de la libertad, sin embargo, a continuación hablaremos respecto de una figura única en el continente Americano y peculiar del sistema penal mexicano que, desde nuestra visión, forma parte de un “Régimen o Sistema Penal Especial” que ha elaborado el legislador en la necesidad de enfrentar el desbordado y frenético fenómeno de la delincuencia que impera en la sociedad mexicana y que, ante esta realidad sombría, es que ha llevado a incorporar nuevas figuras jurídicas que, conforme con el Ministro Aguilar Morales, “*modifican sustancialmente los clásicos postulados del derecho penal y del derecho procesal penal*”⁹⁷, y como resultado el sistema penal escarmienta tanto a culpables como inocentes en la actualidad.

Si proseguimos con la lectura del referido artículo, encontraremos que los legisladores optaron por no acudir a la prisión preventiva como medida de *última ratio*, cuya imposición se debe basar en los principios de contradicción, proporcionalidad, excepcionalidad y provisionalidad, sino que determinaron que no en todos los casos la prisión preventiva podía atender a estos principios fundamentales de un Estado democrático, pues de acuerdo a su razonamiento, existen delitos cuya naturaleza, condiciones de comisión y trascendencia social, requieren de un tratamiento especial. De esta forma, el precepto constitucional establece un catálogo de delitos en los que el juez ordenará la prisión preventiva de manera oficiosa, es decir, que por mandato constitucional el juez se encuentra obligado a imponer la medida cautelar de prisión preventiva a todas las personas que hayan sido imputadas de ciertos delitos “graves” sin necesidad de que medie argumento o medio de convicción alguno.

Así, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ampara el carácter oficioso de la prisión preventiva estableciendo en su numeral 19 que “el juez ordenará la prisión preventiva

⁹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Amparo en Revisión 374/2013*, fallado el 29 de enero de 2013, pág. 58.

oficiosamente, en los casos de [...]”, y empieza a enumerar una serie de delitos que el legislador consideró graves. Ante este precepto, estimamos que resulta contradictorio que dentro de la propia Carta Magna establezca, en primer lugar, que se respetan y se incorporan los Derechos Humanos al ordenamiento jurídico interno, como lo es la presunción de inocencia, y a la vez este derecho se encuentre limitado, por no decir violentado, por una disposición también de rango constitucional en la que establece la obligación del juzgador de privar de la libertad de una persona durante la investigación de un hecho que la ley señale como delito sin necesidad de una motivación suficiente.

Esta contradicción se torna aún más evidente a partir de la determinación que emitió la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), máximo órgano judicial y tribunal constitucional en México, dentro de la contradicción de tesis 293/2011⁹⁸, al establecer que entre la Constitución y los tratados internacionales, no hay una relación jerárquica, en virtud de que el contenido del artículo primero de la Carta Magna establece que en México todas las personas son titulares tanto de los derechos humanos reconocidos en la Constitución como en los previstos en los tratados internacionales, lo que significa que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales se han integrado expresamente al ordenamiento jurídico mexicano para ampliar el catálogo constitucional de derechos fundamentales.

Por su parte, Arosemena de Troitiño, Comisionada titular de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha reconocido el desafío del Estado mexicano de garantizar la seguridad de la ciudadanía, sin embargo, señaló que estos desafíos deben enfrentarse en concordancia con los instrumentos internacionales, en particular a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, añadiendo que *“no existe evidencia empírica que demuestre que las políticas que se sustentan en mayores restricciones al derecho a la libertad personal, tengan una incidencia real en la disminución de la criminalidad y la violencia”*⁹⁹.

Desde esta perspectiva, resulta al menos paradójico que el Estado mexicano sume importantes esfuerzos para la consolidación de un sistema de justicia penal, en principio garantista

⁹⁸ Décima Época. Registro: 24985. Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contradicción de Tesis. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización: Tomo I, abril de 2014, pág. 96.

⁹⁹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *“CIDH llama al Estado mexicano a abstenerse de adoptar medidas legislativas contrarias a estándares internacionales en materia de prisión preventiva”* [Comunicado de prensa], 9 de enero de 2019. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/003.asp>. Última consulta el 25 de mayo de 2020.

y respetuoso de los Derechos Humanos y fundamentales de las personas sometidas al enjuiciamiento criminal, para aplicar sobre ellas en ciertos casos, un Derecho Penal y un Derecho Procesal Penal del Enemigo, plagado de desproporcionalidades, caracterizado por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas.

Esta disposición constitucional, además como se encuentra prevista en el CNPP, es claramente opuesta y transgresora a los principios y lineamientos que se mencionaron al inicio del presente trabajo, pues no atiende en lo absoluto al carácter excepcional referente a que la libertad debe regir como regla general durante el proceso penal; tampoco es concordante con el carácter instrumental, pues no cumple con la finalidad precautorio-procesal de un proceso concreto y específico, sino que se establece como una regla general para todos los procesos; por otro lado, en estricto sentido tampoco se estaría cumpliendo con el principio de exclusividad jurisdiccional al obligar a los jueces a imponer esta medida sin posibilidad alguna de evaluar las circunstancias personales y objetivas de cada caso en concreto.

En este sentido, ya se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al establecer que: “*cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención*”¹⁰⁰. De aquí que debemos preguntarnos: ¿quién queremos que resuelva sobre la libertad de las personas?, ¿los jueces o los legisladores? Es evidente que, en un sistema acusatorio, la labor del juez es fundamental para vigilar el respeto de las garantías y derechos de los ciudadanos y más en un sistema en donde el estándar probatorio para iniciar el proceso penal es bastante bajo, ya que solo se requieren datos de prueba que presuman la probable responsabilidad de la persona en la comisión de un delito. Por lo que, al limitar la labor jurisdiccional, es más propenso que el sistema opere de manera automática permitiendo casos en los que por la simple imputación de un delito y mientras se desarrolle la investigación para descifrar qué fue lo que realmente ocurrió, la persona señalada permanecerá en prisión.

¹⁰⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*”, de 21 de noviembre de 2007, punto 93. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf.

2.4. Delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa

Ciertamente como lo comenta GÓMEZ PÉREZ, llama la atención que la Constitución de México sea la única en el continente americano que prevea un listado pormenorizado de delitos que ameritan prisión preventiva¹⁰¹. De la simple lectura del numeral 19 constitucional podemos advertir un vasto número de delitos considerados como graves y que conllevan la imposición automática de esta medida privativa de la libertad, sin embargo, al inicio de la reforma penal de 2008, este listado consistía únicamente en los siguientes supuestos: i) los casos de delincuencia organizada, ii) el homicidio doloso, iii) la violación, iv) el secuestro, v) la trata de personas, vi) delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como vii) los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

No obstante, para el mes de abril de 2019, fue publicado, en el Diario Oficial de la Federación¹⁰², el Decreto por el que se reformó el artículo 19 Constitucional para incluir en el catálogo además los delitos de: i) abuso o violencia sexual contra menores, ii) feminicidio, iii) robo de casa habitación, iv) uso de programas sociales con fines electorales, v) corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, vi) robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, vii) delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, viii) delitos en materia de desaparición forzada de personas, ix) desaparición cometida por particulares y x) delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Por su parte, el artículo 167 del CNPP también establece la regulación de la prisión preventiva oficiosa siguiendo las directrices establecidas por el artículo 19 constitucional. Dentro de este mismo numeral, es de destacar que prevé la imposición de la prisión preventiva oficiosa para los delitos de homicidio doloso, genocidio, violación, traición a la patria, espionaje, terrorismo nacional e internacional, sabotaje, corrupción de menores de edad o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, pornografía infantil, turismo sexual, lenocinio, tráfico de menores, delitos contra la salud, así como los delitos previstos en el Código Fiscal de la Federación como

¹⁰¹ GÓMEZ PÉREZ, M. “La prisión preventiva en el nuevo código nacional de procedimientos...”, *Op. cit.*, pág. 265.

¹⁰² Decreto por el que se declara reformado el Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa. Diario Oficial de la Federación. 04 de abril de 2019. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5557700&fecha=12/04/2019. Última consulta el 9 de junio de 2020.

contrabando, defraudación fiscal y la expedición, venta, enajenación, compra o adquisición de comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados.

Asimismo, para el caso de los delitos en materia de salud, trata de personas, delincuencia organizada y contra la salud, el CNPP remite a las leyes generales para que sean estos ordenamientos los que dispongan los supuestos en los que será aplicable la prisión preventiva oficiosa.

Ciertamente, al haberse elevado la figura jurídica de la prisión preventiva oficiosa a rango constitucional se implementó un Estado de Excepción bajo un esquema de seguridad nacional¹⁰³, sin embargo, a nuestro juicio, tanto el precepto constitucional así como la regulación adjetiva se encuentran expresamente contrarios a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, a pesar de encontrarse esta figura jurídica tutelada por la Norma Suprema, toda vez que únicamente toman a consideración el tipo de delito imputado como motivo suficiente para la imposición de la prisión preventiva sin estar vinculada la determinación a una ponderación individual ni a los criterios de necesidad, proporcionalidad, excepcionalidad, subsidiariedad y razonabilidad¹⁰⁴, por lo que podemos calificar el resultado de esta figura procesal como una pena anticipada, afectando de manera directa al derecho a la presunción de inocencia.

Un defecto importante que además podemos señalar, es la falta de rigurosidad en la que los legisladores y legisladoras establecieron los supuestos de procedencia de la prisión preventiva oficiosa, dando lugar así a la imposición arbitraria de esta medida en aquellos casos de delitos graves que determine la ley, contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Lo anterior no solamente implica una ambigüedad con el uso del término de “seguridad de la nación”, sino que, además contraviene el principio de certeza jurídica abriendo la posibilidad de que la legislación secundaria pueda incluir un mayor número conductas bajo este tipo de delitos genéricos. Tanto es así que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha

¹⁰³ ALDRETE SOLARES, Adolfo. “La prisión preventiva oficiosa como límite a la facultad de ponderación del juez en México”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 2019, no. 48, pág. 302.

¹⁰⁴ RÍOS ESPINOSA, Carlos. *Pena sin delito, percepciones acerca de la finalidad de la prisión preventiva en México*. México: Due Process of Law Foundation, 2016, pág. 34.

enfaticado que la decisión que imponga la prisión preventiva deberá sustentarse en motivos suficientes sin acudir a formas “estereotipadas” ni argumentos generales ni abstractos¹⁰⁵.

En este sentido, cada vez que un juez impone esta medida cautelar, se estaría actualizando el supuesto que diversos organismos internacionales, así como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han calificado de privaciones arbitrarias de la libertad, pues no contienen una debida y suficiente motivación que permita evaluar que se ajusta a los parámetros internacionales como a los principios del debido proceso, por lo que su existencia forma parte de un Derecho Penal Máximo, como lo refiere FERRAJOLI, en donde se configura como parte de un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación¹⁰⁶.

Ahora bien, se podría considerar que los jueces mexicanos podrían determinar en cada caso concreto, bajo un examen previo de convencionalidad, la inaplicación de la prisión preventiva oficiosa al contravenir diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos conforme a lo resuelto por la SCJN en la mencionada contradicción de tesis 293/2011, sin embargo, dentro de la misma resolución se estableció, en esencia, que en los casos en que la Constitución prevea una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo establecido por la Norma Suprema, de forma tal que “*se coartó indirectamente la labor hermenéutica que los jueces podrían realizar mediante una interpretación conforme al aplicar el principio pro homine*”¹⁰⁷ y se limitó la posibilidad de que las circunstancias personales del imputado pudieran ser ponderadas conforme a los principios establecidos materia de Derechos Humanos.

2.5. Motivación de la ampliación del catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa

Resulta importante destacar las razones políticas por las que los legisladores y legisladoras impulsaron la iniciativa que dio pauta a la ampliación del catálogo de delitos que ameritan la prisión preventiva oficiosa, pues bajo su razonamiento se tiene la impresión de que con estos

¹⁰⁵ Sentencia 16419/90 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “*Yagci y Sargin c. Turquía*”, de 8 de junio de 1995, párrafo 52. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-164336>.

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi; BOBBIO, Norberto. *Derecho y razón... Op.cit.*, págs. 104-105.

¹⁰⁷ ALDRETE SOLARES, Adolfo. “La prisión preventiva oficiosa como límite...”, *Op. cit.*, pág. 304.

“ajustes” en el sistema penal se terminaría con gran parte de los problemas de inseguridad e impunidad que presenta México.

Así pues, de la exposición de motivos de la iniciativa de reforma podemos observar que ahondan en los costos ocasionados por los delitos, a manera de ejemplo, respecto de los delitos en materia de hidrocarburo, el legislador argumenta que el 88% de la energía primaria que se consume en México proviene del petróleo y que en los últimos cuatro años las tomas clandestinas en los ductos de petróleo mexicanos han aumentado un 404%, estimando una pérdida anual de 30 mil millones de pesos mexicanos a causa de las actividades ilegales¹⁰⁸. Que la justificación de incluir el robo de hidrocarburo dentro del catálogo de prisión preventiva oficiosa que prevé la Constitución se encuentra en el hecho de que con esta medida se evitaría el peligro de reincidencia o la comisión de nuevos delitos, así como para preservar el orden nacional¹⁰⁹.

Se señala además, que la ampliación del referido catálogo obedece a una política criminal tendiente a dar respuesta a la situación actual del país en donde inciden los delitos de corrupción, los actos cometidos en perjuicio de los procesos electorales, así como lo ilícitos que atentan contra la seguridad pública, siendo estos últimos los delitos en materia de hidrocarburo y los que involucran el uso y tráfico de armas de fuego y explosivos¹¹⁰.

Respecto de los delitos cometidos con armas de fuego, la iniciativa asegura que las personas involucradas con este tipo de delitos “*no están dispuestos a afrontar las consecuencias procesales legales de su comportamiento, y con ello muestran desprecio por la seguridad de las comunidades en donde habitan*”¹¹¹, y que al imponer la prisión preventiva oficiosa se garantiza la seguridad del Estado mexicano y sus habitantes. En lo que toca a los delitos de robo a casa habitación, mencionan los legisladores que por ser delitos “fáciles”, se cometen con mayor medida, lo que afecta la tranquilidad, seguridad y economía de la sociedad¹¹².

¹⁰⁸ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Segunda, con proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa. Senado de la República, LXIV Legislatura. 28 de noviembre de 2018, pág. 5. Disponible en: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2018-12-04-1/assets/documentos/Dict_PC_art_19_CPEUM_prision_preventiva.pdf. Última consulta el 2 de junio de 2020.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pág. 6.

¹¹⁰ *Ibidem*, pág. 7.

¹¹¹ *Ibidem*, pág. 8.

¹¹² *Ibidem*, pág. 10.

Resulta alarmante que el propio Dictamen fundamente su decisión de ampliar el catálogo de la prisión preventiva oficiosa bajo la influencia del “populismo penal”, pues textualmente manifiesta que *“hay contextos especiales en los que es necesario aplicar un derecho penal más restrictivo que ayude a desincentivar la comisión de un determinado tipo de delitos”*¹¹³. Es incluso el propio Dictamen el que se basa en la teoría del Derecho Penal del Enemigo para sostener la necesidad de la ampliación del catálogo constitucional, indicando que es legítima *“la restricción de garantías procesales para los enemigos, pues estos no tienen por qué beneficiarse de los principios que restringen la actuación estatal respecto al derecho penal”*¹¹⁴.

Pero es que el problema fundamental que observamos en el contenido del Dictamen reside en la orientación o sentido que el legislador mexicano dio a la teoría del Derecho Penal del Enemigo, ya que si bien esta teoría reconoce una distinción entre sujetos que deben ser considerados como ciudadanos y otros que deben ser tratados como enemigos, de la simple lectura de los delitos que están incorporados en el catálogo que ameritan prisión preventiva oficiosa encontraremos que los delitos más comunes como lo son el robo a casa habitación o los cometidos con uso de armas de fuego son conductas que deben ser equiparables en su tratamiento con el terrorismo o incluso con el genocidio. Por tanto, a quienes se les atribuya la probable responsabilidad de estos hechos deberán ser sometidos a un régimen o sistema penal especial caracterizado por una desproporcionalidad de las penas y una supresión de las garantías procesales individuales. Estamos hablando de que el Estado mexicano considera legítimo considerar y tratar como presunto enemigo a todo aquel ciudadano al que se le inicie un enjuiciamiento criminal por delitos que figuran en los altos índices de comisión, traducándose en un modelo político-criminal que antepone la seguridad sobre las garantías.

Ante esta situación debemos preguntarnos: ¿hasta qué punto es legítimo que la influencia del Derecho Penal del Enemigo tenga una expansión sobre delitos simplemente porque la incidencia de estos es mayor en una sociedad? ¿hasta qué punto es compatible con el Estado de Derecho calificar de enemigo a una persona a la que solo se le ha atribuido una sospecha delictiva?

Para contestar a estas interrogantes debemos de regresar a lo básico, a los fundamentos que dieron marcha al Estado Social y Democrático de Derecho, teniendo como punto de partida a la

¹¹³ *Ibidem*, pág. 15.

¹¹⁴ *Ibidem*, págs. 15-16.

dignidad humana como un fin en sí mismo, de lo contrario, seguirá reapareciendo este falso dilema entre seguridad o derechos, independientemente del modelo de sistema penal que adoptemos.

Si lo que pugna un Estado Social y Democrático de Derecho es la libertad como base de la dignidad humana, no hay cabida para un régimen especial punitivo como el que propone la teoría del Derecho Penal del Enemigo ni mucho menos para las privaciones arbitrarias de la libertad basadas en meras sospechas, pues o consideramos a todas las personas como ciudadanos iguales ante la ley y aceptamos como única restricción de la libertad la concedida en el pacto social o cambiamos en definitiva por otro modelo de orden. Porque si lo que se pretende es que el Derecho Penal del Enemigo aporte seguridad a la población nos estaríamos planteando en una falsa concepción de lo que implica este concepto, pues la seguridad no engloba únicamente la protección de los bienes jurídicos bajo la idea de que en cualquier momento un ciudadano puede llegar a delinquir, sino que también implica la seguridad jurídica que el Estado está obligado a garantizar a sus habitantes a través de la determinación precisa en la tipificación de las conductas, la concreta definición de los bienes jurídicos protegidos y en el respeto irrestricto de los derechos humanos.

Se trata en definitiva de que el Estado no se convierta en el Leviatán que lleve a transgredir los derechos de los ciudadanos a cambio de la obtención de un fin perseguido, traducido este en la eficacia del ejercicio del *ius puniendi*. Se trata en realidad de que el actuar del Estado se encuentre delimitado de acuerdo a determinados principios y garantías.

Y es que nos encontramos ante una delgada línea en la que el propio Estado puede llegar a escarmentar inocentes con la existencia de la prisión preventiva oficiosa, como sucedió en el año 2018, en el Estado de Oaxaca, en donde un médico ante una aparente negligencia médica durante una intervención quirúrgica causó la muerte de un niño de trece años. Estos hechos fueron clasificados por la fiscalía como homicidio con la agravante de responsabilidad médica, cometido con dolo eventual, y por ser este un delito de los contemplados dentro del catálogo que ameritan prisión preventiva oficiosa (homicidio doloso), desde la audiencia inicial y sin necesidad de argumento alguno, el profesionista permaneció privado de su libertad durante la investigación para posteriormente ser absuelto de los cargos imputados inicialmente. Este suceso desencadenó diversas manifestaciones en el país por parte del gremio médico, evidenciando los excesos en torno a la regulación de esta medida cautelar y su potencial efecto trasgresor en contra de la propia ciudadanía.

De aquí que debemos atender a lo que establece la fórmula del jurista británico William Blackstone que planteó en el S. XVIII (también conocida como *ratio de Blackstone*): “[B]etter that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer”. [Mejor que diez personas culpables escapen a que un inocente sufra]¹¹⁵, o como la mayoría de jueces y de abogados en México suelen decir: más vale un delincuente en la calle que un inocente en la cárcel. Esto es así porque nadie puede resarcir los daños que puede causar el tiempo en que una persona perdura privada de su libertad, ya que sus efectos no solamente recaen sobre su persona, sino también sobre su entorno social más cercano: su familia.

Ahora bien, retomando las razones expresadas en el multicitado dictamen, los propios integrantes de las Comisiones encargados de su elaboración reconocen de manera textual lo siguiente: “[...] estamos conscientes que la reforma constitucional planteada no resuelve per se el problema de inseguridad ni es en sí una medida dilatoria de la comisión de delitos, ya que el problema está más allá por la impunidad y falta de solidez de los expedientes presentados por los agentes del ministerio público al momento de solicitar el acto de vinculación a proceso frente al juez y sustentar la acusación [...]”.¹¹⁶

De aquí que podemos advertir que el propio legislador no tiene claro qué es lo que pretende obtener con la utilización automática de la prisión preventiva, pues en un inicio señalaba su necesidad para reducir el número de delitos y así combatir la inseguridad de la población y posteriormente concluye que esta medida no es suficiente para atender a estos problemas. Ante esta situación solo podemos plantearnos entre dos escenarios, el primero en que en realidad el legislador se encuentra imposibilitado –por no decir indiferente- de formar una política criminal integral que resuelva los problemas de la delincuencia de a fondo, y el segundo, que al tratar de privilegiar la eficiencia del sistema penal y atender los reclamos sociales bajo un costo-beneficio a corto plazo, se recurra a la prisión preventiva oficiosa como la opción más viable.

No obstante, consideramos que los motivos expuestos en el multicitado dictamen no son suficientes para darle legitimidad a la existencia de la prisión preventiva oficiosa, pues como se expondrá a continuación, las verdaderas razones que dieron lugar a incorporar esta figura jurídica

¹¹⁵ BLACKSTONE, William, pág. 352, 1753, citado por VOLOKH, Alexander. N guilty men. *University of Pennsylvania Law Review*, 1997, vol. 146, no 1, pág. 174.

¹¹⁶ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Segunda, con proyecto de Decreto por el que se reforma... *Op. cit.*, pág. 57.

La prisión preventiva oficiosa en México

en realidad son otras que carecen de sustento alguno que avale estos “ajustes” o cambios legislativos en materia de prisión preventiva que son contrarios a la lógica y a los principios del modelo acusatorio.

CAPÍTULO TERCERO

LA REALIDAD TRAS LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

“La obra maestra de la injusticia es parecer justo sin serlo”. – Platón.

3.1. Las razones de la existencia de la prisión preventiva oficiosa

En este apartado nos ocuparemos de mencionar cinco razones fundamentales que consideramos han sido la verdadera base que ha legitimado la narrativa para la incorporación de la figura procesal de la prisión preventiva oficiosa en el precepto constitucional mexicano, pues conviene entender las verdaderas causas y razones que dieron lugar a su existencia y que han dado cada vez más peso para conseguir más adeptos que apoyan esta disposición y otras medidas restrictivas de las garantías procesales individuales.

3.1.1 Violencia

Ciertamente el origen de la violencia que impera en México se remonta previo a la reforma penal del 2008. Durante gran parte del siglo XX, el narcotráfico estuvo “controlado” por el poder político al establecer una relación de tipo corporativo, en la que los intereses de ambas partes coincidían y por ende trabajan de forma conjunta¹¹⁷.

Esta relación perdió fuerza con la entrada del primer gobierno democrático dirigido por el entonces presidente Vicente Fox en el año 2000. A la par, surgieron nuevos grupos de crimen organizado como Los Zetas y La Familia Michoacana, que además del tráfico de drogas como su principal actividad económica, recurrían a otras como el secuestro, la trata de personas y la extorsión. Asimismo, con la dirección del capo de la droga Joaquín “El Chapo” Guzmán en el Cártel de Sinaloa, este se convirtió en una organización del crimen organizado transnacional¹¹⁸.

Este clima de inseguridad aumentó especialmente en los últimos años del gobierno de Vicente Fox ante el poco funcionamiento de las instituciones de seguridad del país, la lucha por

¹¹⁷ ROSEN, Jonathan Daniel; ZEPEDA MARTÍNEZ, Roberto. “La guerra contra el narcotráfico en México: una guerra perdida”. *Revista Reflexiones*, 2015, vol. 94, no 1, pág. 158.

¹¹⁸ *Ídem*.

las plazas y rutas del tráfico de drogas. Así, para el año 2006, con la entrada del nuevo gobierno encabezado por Felipe Calderon, la violencia generada por el narcotráfico se había convertido en uno de los principales problemas del país¹¹⁹.

Como bien lo señala MERINO HERRERA, “Guerra contra la delincuencia organizada”, “combate al secuestro” o “lucha contra el narcotráfico”, se convirtieron en eslóganes de la nueva política criminal en México que implicó el uso de la fuerza militar con recursos provenientes de Estados Unidos de América y una clara expansión de la legislación penal para “garantizar” las demandas de seguridad¹²⁰. Lo anterior, trajo como consecuencia un incremento del 24% en los casos de homicidios derivados del narcotráfico, llegando la cifra en un total de 27,213 homicidios solo en el año 2011¹²¹. Se estima, además, que el total de muertes violentas que se registraron durante los gobiernos de Vicente Fox y Felipe Calderón, esto es del año 2000 a 2012, tuvo un total de 281 mil 119 homicidios, que de acuerdo con la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de la Seguridad Pública (ENVIPE), representó el incremento de 127% en la incidencia de homicidios¹²², siendo esta política militarizada una evidente guerra perdida.

Todo lo anterior repercutió de manera directa contra la población mexicana, aunado a ello, la falta de oportunidades laborales, de una política educativa inclusiva en todo el territorio nacional y los grandes rezagos sociales ayudaron a que el crimen común se volviera una amenaza principal para todos los estratos sociales; en este aspecto, BENÍTEZ MANAUT expone en detalle: “*El crimen común es la principal amenaza que la población mexicana siente en carne propia, en todos los estratos sociales. Las fuerzas de seguridad no logran reducir los índices de delito. Los cuerpos policiales son acosados por los políticos que los conducen y les exigen eficiencia; por la población, que exige el fin de la corrupción, y por los carteles, que los buscan para que trabajen para ellos*”.¹²³

¹¹⁹ *Ídem.*

¹²⁰ MERINO HERRERA, Joaquín. *Tendencias de la política criminal... Op. cit.*, pág. 11.

¹²¹ MOLZAHN, Cory; RÍOS, Viridiana; SHIRK, David A. Drug violence in Mexico. *San Diego, Trans-Border Institute, University of San Diego*, 2012, pág. 50.

¹²² INEGI. Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública 2019. *Subsistema Nacional de Información de Gobierno, Seguridad Pública e Impartición de Justicia*, 2019. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2019/doc/envipe2019_presentacion_nacional.pdf. Última consulta el 22 de mayo de 2020.

¹²³ BENÍTEZ, Raúl. “La crisis de seguridad en México”. *Nueva Sociedad*, 2009, vol. 220, págs. 173-189.

Así, en medio de esta ola de violencia que imperaba en ese entonces en el país –y que sigue subsistiendo-, es cuando se presentaron diversas iniciativas de reforma que al final darían como resultado la transición del sistema penal inquisitivo al acusatorio. Esto no solo implicó un vertiginoso cambio en el ordenamiento jurídico e institucional del Estado mexicano, sino que también implicaba cambios culturales profundos de la sociedad mexicana, ya que más allá de la aceptación doctrinal, constitucional o legislativa, este cambio implicaba la aceptación de la presunción inocencia por parte de la sociedad, que, como señaló Juan N. Silva, Presidente Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, previo a la entrada en vigor del nuevo sistema de justicia penal: *“Está tan crispada la sociedad en relación con estos temas y en la afectación de su seguridad, que el principio en sí mismo de presunción de inocencia no tiene la aceptación social. Es algo que se tiene que atender, el intérprete constitucional, el aplicador de la norma constitucional, tiene que atender hoy esos reclamos sociales. No es bienvenida la presunción de inocencia generalmente por la sociedad”*¹²⁴.

Este cambio social y cultural que requería el nuevo sistema acusatorio evidentemente no se dio y basta con revisar la figura de la prisión preventiva oficiosa que opera actualmente en el país para comprobar esta hipótesis.

3.1.2 Corrupción

Otra importante causa que podemos atribuir a la incorporación y permanencia de la prisión preventiva oficiosa es el fenómeno imperante de la corrupción en las instituciones de seguridad y el sistema judicial, ámbitos que no fueron atendidos por el gobierno durante el crecimiento de los grupos de delincuencia organizada y cuya repercusión implicó de manera directa en el debilitamiento de los gobiernos locales donde los cárteles del narcotráfico empezaron a tener mayor territorio y control sobre la fuerzas policíacas y miembros de procuración de justicia.

De acuerdo con indicadores de percepción de la corrupción, entre el 2013 y el 2014, México se situaba en el lugar 103 de 175 países con una puntuación de 35/100, estando por debajo de la media internacional y ocupando la última posición (34/34) entre los países que integran la

¹²⁴ INACIPE 40 Aniversario, 2016. Día 4, Mesa 14 Derecho Penal, Administración Pública y Corrupción. En: *Youtube* [vídeo en línea]. Publicado el 26 de mayo de 2016. Disponible en: https://youtu.be/w_pZiZLC6wU. Última consulta el 22 de mayo de 2020.

La prisión preventiva oficiosa en México

OCDE¹²⁵. Así, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental publicada en 2017, el 56.7% de los ciudadanos mexicanos consideró que la corrupción, justo detrás de la delincuencia y la inseguridad, era uno de los mayores problemas que tiene el Estado donde reside¹²⁶. Además, en el año de 2013, encontró que los ciudadanos percibieron que los sobornos eran más frecuentes en los policías, así como en los ministerios públicos.

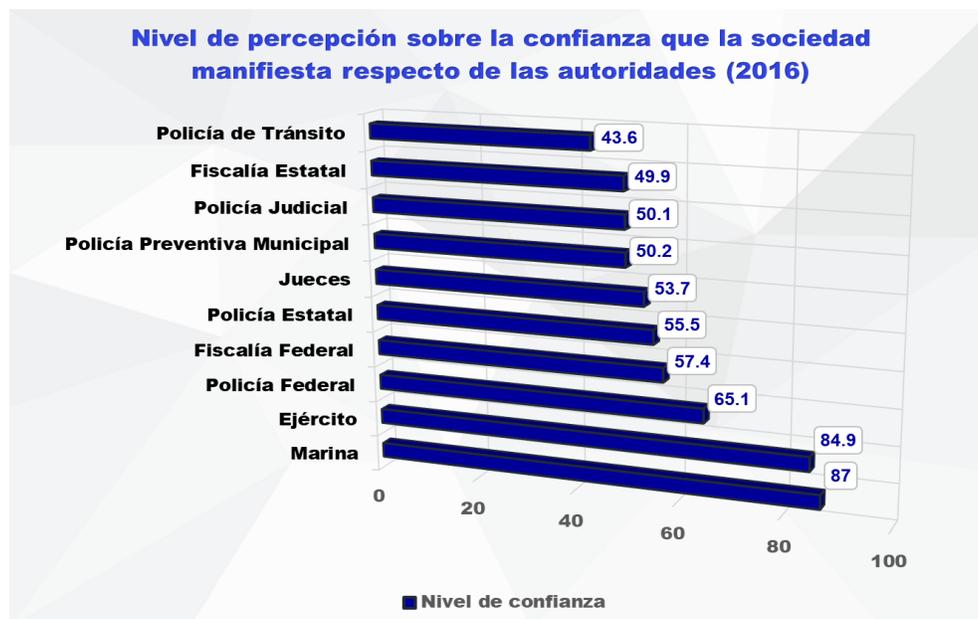


Figura 1. Elaboración propia con datos proporcionados por la ENVIPE 2016.

En relación con la confianza de los ciudadanos a las autoridades del sistema penal, la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública de 2016, reveló que para los ciudadanos mexicanos las autoridades con menos confianza eran los operadores e intervinientes en la procuración de Justicia¹²⁷. De esta manera, se reportó que, las autoridades menos confiables son: los policías de tránsito, Fiscalías o Ministerios Públicos, Policía Ministerial o Judicial y Policía Preventiva Municipal (*Figura 1*)¹²⁸.

¹²⁵ TRANSPARENCIA MEXICANA. ¿Dónde se encuentra México en el Índice de Percepción de la Corrupción 2014? En: *Transparencia Mexicana* [en línea], 2014. Disponible en: <http://www.tm.org.mx/ipc2014>. Última consulta el 22 de mayo de 2020.

¹²⁶ INEGI. Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental 2017. En: *Comunicado de Prensa Núm. 136/18 Instituto Nacional de Estadística y Geografía* [en línea], 2017. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSegPub/encig2018_03.pdf. Última consulta el 22 de mayo de 2020.

¹²⁷ INEGI. Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2016. En: *Encuestas en hogares Instituto Nacional de Estadística y Geografía* [en línea], 2016. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2016/doc/envipe2016_presentacion_nacional.pdf. Última consulta el 22 de mayo de 2020.

¹²⁸ *Ídem*.

Esta percepción, sin embargo, ha sido constante en los últimos años de la implementación del sistema de justicia penal acusatorio en México (Figura 2)¹²⁹, lo cual muestra un claro abandono político en la mejora de la confianza de las instituciones de justicia.



Figura 2. Elaboración por Ricardo Corona, Director Jurídico del Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO) con datos de la ENVIPE (2013-2016).

En relación con estas cifras, podemos sumar que los casos generalizados de corrupción en México atraen como consecuencia la desconfianza de las instituciones por parte de la sociedad. Por otro lado, la corrupción en México ha formado parte integral de las reglas informales que rigen las interacciones entre policías y ciudadanos¹³⁰, siendo el soborno o “la mordida”, como coloquialmente se le conoce, el acto con el que la mayoría de los mexicanos identifica la corrupción en los miembros de seguridad pública.

Como lo señalan GRIJALVA ETERNOD y FERNÁNDEZ MOLINA, “la confianza es muy importante para el adecuado funcionamiento del sistema de justicia criminal”¹³¹, siendo la confianza en la policía un papel importante para su eficiencia, pues juega dos papeles fundamentales, ya que por un lado representa la fuerza coercitiva del Estado en relación con los

¹²⁹ INSTITUTO MEXICANO PARA LA COMPETITIVIDAD. Entre percepciones y consecuencias: Falta de evidencia para evaluar y transformar la justicia penal. En: *Memorandum para el Presidente* [en línea], 2017. Disponible en: https://imco.org.mx/wp-content/uploads/2017/11/Capitulo1ICI2017_291117.pdf. Última consulta el 22 de mayo de 2020.

¹³⁰ SABET, Daniel M. “Corruption or insecurity? Understanding dissatisfaction with Mexico’s police”. *Latin American politics and society*, 2013, vol. 55, no 1, págs. 22-45.

¹³¹ GRIJALVA ETERNOD, Áurea Esther; FERNÁNDEZ MOLINA, Esther. “Efectos de la corrupción y la desconfianza en la Policía sobre el miedo al delito. Un estudio exploratorio en México”. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, 2017, vol. 62, no 231, pág. 171.

ciudadanos y, por otro, representa la protección que la ciudadanía espera recibir a cambio del poder que otorga al gobierno¹³².

3.1.3 Impunidad

Casi siempre relacionada con la corrupción, la impunidad ha formado parte de los discursos que sostienen la legitimidad y necesidad de la prisión preventiva oficiosa en México. De acuerdo con el Índice Global de Impunidad 2018, México se sitúa en el lugar número cuarto del Índice Global de Impunidad, encabezando la lista de países del continente americano con el más alto índice de impunidad¹³³.

Así, de acuerdo con la Comisión Nacional de Derechos Humanos, dentro de su Segundo Informe Especial sobre el Ejercicio Efectivo del Derecho Fundamental a la Seguridad, encontró que, en todo el país, durante el periodo del 2006 al 2008, cuando se presentó el mayor incremento de incidencia delictiva al estar en niveles del 90%, solo 1 de cada 10 delitos fueron denunciados, representando un margen de impunidad del 98.76%¹³⁴.

La “cifra negra”, como se le denomina a este fenómeno de impunidad ante los delitos no denunciados, ha mantenido sus altos niveles incluso en los últimos años oscilando entre el 92.8% y el 93.7% en todo el territorio mexicano¹³⁵. El Instituto Nacional de Estadística y Geografía estima que, en el 2016, hubo cerca de 24.2 millones de víctimas del delito en edad adulta, representando así 28,788 víctimas por cada cien mil habitantes¹³⁶.

Ahora bien, como lo señalan NOVOA Y DE LA ROSA, la ruta que sigue una denuncia hasta la decisión final de dar por concluido el asunto “*es una auténtica ruta de arbitrariedad que responde a factores subjetivos y opacos*”¹³⁷. Entre los factores que influyen para determinar el

¹³² *Ibidem*, pág. 172.

¹³³ LE CLERCQ ORTEGA, Juan Antonio; RODRÍGUEZ SÁNCHEZ LARA, Gerardo. Índice Global de Impunidad México 2018. *Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia (CESIJ)-Universidad de las Américas Puebla(UDLAP)*, 2016, vol. 12, pág. 7 [en línea]. Disponible en: https://www.udlap.mx/igimex/assets/files/2018/igimex2018_ESP.pdf Última consulta el 22 de mayo de 2020.

¹³⁴ COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (CNDH). *Informe sobre el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la seguridad en nuestro país* [en línea], 2008. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2008_segpublica1.pdf Última consulta el 22 de mayo de 2020.

¹³⁵ INEGI. Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad... *Op. cit.*

¹³⁶ *Ídem*.

¹³⁷ NOVOA, María; DE LA ROSA XOCHITOTZI, Carlos. “Los caminos de la justicia penal”. En: *México Evalúa* [en línea], 6 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.mexicoevalua.org/los-caminos-la-justicia-penal/>. Última consulta el 22 de mayo de 2020.

avance de la investigación o su “archivo temporal” –o más bien definitivo en la mayoría de casos- podemos encontrar la voluntad o apatía de las autoridades, a la presión mediática o política que se le preste, e incluso, los “incentivos” que los ciudadanos otorguen a las autoridades.

En este aspecto, debemos de señalar que mientras no se atienda el problema de la impunidad, subsistirán los altos números de violencia y de delitos que se cometen en México, pues la imagen que proyecta este fenómeno es la de la anarquía, la del Estado débil y fallido frente a la delincuencia organizada y la persistencia de la cultura incívica basada en el dogma de “aquí no pasa nada”. Por lo que es preciso dejar a un lado la idea de que los ciudadanos tienen que acudir a las instituciones a denunciar, sino, que serán más bien las propias instituciones quienes tendrán que acercarse a la sociedad para fomentar la denuncia de los delitos, garantizar el efectivo derecho de acceso a la justicia y eventualmente recuperar la confianza de la que tanto se reclama.

3.1.4 Falta de formación especializada y capacidad de los operadores del sistema de justicia penal

No obstante que la reforma penal en México tuvo una *vacatio legis* de ocho años, para su implementación quedaron muchas áreas que no se atendieron en su momento y esto implicó el rezago de diversos operadores que tienen un papel fundamental en este nuevo modelo de justicia. Entre las áreas que destacan, encontramos el papel del policía considerado como el eslabón más débil hasta ahora en el sistema acusatorio a pesar de su protagonismo y trascendencia en este nuevo escenario.

En primer lugar, debemos analizar el número de policías que en México se deberían tener, atendiendo con la recomendación en materia de seguridad y justicia de la Organización de las Naciones Unidas, el promedio de agentes policiacos mínimo es de 2.8 elementos por cada mil habitantes. De acuerdo con datos proporcionados por el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP), en 2017, México tenía un déficit de un poco más del 50% en este ámbito, esto es, que México contaba con la mitad de policías que se supone debería tener con apenas 0.8 agentes por cada mil habitantes, precisando que de los 128 mil 922 policías en activo, 8 mil 921 habían obtenido un resultado no aprobatorio en evaluaciones de control de confianza¹³⁸.

¹³⁸ SECRETARIADO EJECUTIVO DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA (SESNSP). *Diagnóstico Nacional sobre las Policías Preventivas de las Entidades Federativas* [en línea], 31 de diciembre de

La prisión preventiva oficiosa en México

Para finales del año 2019 (*Figura 3*)¹³⁹, el mismo organismo gubernamental y con la dirección del nuevo Presidente de México, Andrés Manuel López Obrador, reportó un ligero incremento con la cifra de agentes policiacos por cada mil habitantes de 1.02. De esta cifra, 128,016 (98.92%) elementos aprobaron la evaluación de control de confianza, mientras que el resto, 7,413 (5.79%), obtuvieron un resultado negativo en la evaluación¹⁴⁰.



Figura 3. Elaboración propia con datos proporcionados por el SESNSP, con corte a diciembre de 2019.

Por lo que al tomar en cuenta únicamente al estado de fuerza real operativo, esto es, los que únicamente aprobaron los controles de confianza, tendríamos una cifra de 0.96 policías por cada mil habitantes y como se observa en la *Figura 3*, solo la entidad de la Ciudad de México cuenta con un total de 23,016 agentes policiacos, superando el estándar requerido por la ONU¹⁴¹.

Ahora bien, el número de policías no es el único problema que presenta el Estado mexicano. Si revisamos la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, encontraremos que el personal que integre las instituciones de seguridad pública deberá acreditar tener el perfil, conocimiento, experiencia, habilidades y aptitudes para desempeñar el cargo mediante el

2019. Disponible en: http://secretariadoejecutivo.gob.mx/doc/MOFP_31_diciembre_2019.pdf. Última consulta el 23 de mayo de 2020.

¹³⁹ *Ídem.*

¹⁴⁰ *Ídem.*

¹⁴¹ *Ídem.*

Certificado Único Policial, el cual evalúa cuatro rubros: 1. Control de confianza; 2. Competencias básicas o profesionales; 3. Desempeño académico; y, 4. Formación inicial o equivalente. De este certificado, únicamente 56,206 agentes policiacos están en posibilidad de obtenerlo, siendo solo el 43.43% del total de los elementos en activo¹⁴².

Ciertamente podríamos seguir destacando un listado de diversos factores que demuestren el poco empoderamiento que tiene la labor o profesión del policía en México, como la falta de capacitación, de equipamiento, falta de acceso a apoyos, mejora de condiciones laborales, falta de protocolos de actuación, policía procesal y cadena de custodia; sin embargo, no es objeto del presente trabajo su análisis en profundidad, sino destacar el rezago y labor que tiene pendiente del Estado mexicano para la mejora de este eslabón crucial para el debido funcionamiento del sistema penal.

Ahora bien, no podemos dejar a un lado también la situación crítica en la que se encuentran los peritos e investigadores forenses en todo el país. Al día de hoy resulta evidente la falta de infraestructura y tecnología que requieren los peritos para llevar a cabo la investigación delictiva ya sea para el análisis de la evidencia, la aportación de elementos científicos o la identificación de cuerpos o restos.

Las malas prácticas del sistema de justicia anterior consistentes en la fabricación de pruebas por medio de la tortura y engaños ya no son viables en este nuevo escenario y esto se ha demostrado en los errores, omisiones y arbitrariedades que han salido a la luz en las audiencias. Recordemos la determinación judicial de los presuntos implicados en el “*Caso Ayotzinapa*”, donde fueron secuestrados, torturados y desaparecidos 43 estudiantes y las personas señaladas por la probable comisión de estos hechos tuvieron que ser puestos en libertad al detectarse fallas y omisiones en la investigación¹⁴³. Es por ello que es necesario dotar de infraestructura, equipamiento y capacitación a las áreas de investigación forense de las fiscalías de todo el país, de lo contrario, el sistema penal seguirá operando en la manera en que está diseñado, siguiendo mostrando las deficiencias de las partes y liberando a todo investigado por fallas en el debido proceso.

¹⁴² *Ídem*.

¹⁴³ ANIMAL POLÍTICO. “Liberan a dos implicados en el caso Ayotzinapa; critican al sistema de justicia”. *Animal Político* [en línea], 6 de octubre de 2019. Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/2019/10/liberan-implicados-ayotzinapa-critica-justicia/>. Última consulta el 15 de abril de 2020.

También debemos destacar que, en el ámbito del Poder Judicial, si bien fue uno de los más beneficiados en ser dotado de recursos e infraestructura para la implementación del sistema acusatorio, el bajo número de jueces y magistrados que se tiene hasta ahora en todo el territorio nacional afecta de manera directa en la impartición de justicia, pues actualmente México tiene cuatro veces menos jueces y magistrados que el resto del mundo, esto es, 3.9 jueces y magistrados frente a 16 por cada cien mil habitantes¹⁴⁴.

Ahora, si atendemos al número de expedientes que se abrieron en el año de 2013, encontraremos que fueron más de 2 millones 43 mil juicios que, si se divide esta cifra de manera alícuota con el número de los titulares jurisdiccionales del país, tendremos una proporción de 490 expedientes nuevos por cada juez en un año, sin contar con los expedientes que ya estaban en curso¹⁴⁵. Esto implica una gran carga de trabajo para todos los miembros de las instituciones de impartición de justicia y que, en palabras de Ernesto Derbez, rector de la Universidad de Las Américas de Puebla, “*no se trata de si el juez es bueno o malo o no quiere resolver los casos, simplemente se trata de jueces que están totalmente abrumados y son incapaces de procesar todos estos asuntos*”¹⁴⁶.

3.1.5 Descomposición del tejido social

Como último punto a destacar como factor influyente en la incorporación de la prisión preventiva oficiosa, consideramos la descomposición del tejido social un punto relevante. El tejido social lo podemos entender como el resultado de relaciones que se forman entre los seres humanos, dentro del reconocimiento y ejercicio de los derechos.

Hablar de tejido social nos remite a los grupos sociales que permiten crear vínculos fuertes entre los seres humanos como lo son la familia, los grupos de trabajo, escuelas, grupos religiosos, comunidades de vecinos, entre otros. Esta noción cumple una función primordial en las relaciones humanas, pues permite satisfacer las necesidades del individuo y tener un sentido de pertenencia a la comunidad que forma parte.

¹⁴⁴ LE CLERCQ ORTEGA, Juan Antonio; RODRÍGUEZ SÁNCHEZ LARA, Gerardo. Índice Global de Impunidad México 2018. *Centro de Estudios sobre Impunidad... Op. cit.*

¹⁴⁵ *Ídem.*

¹⁴⁶ MENDIETA, Arturo Ángel. “¿Por qué hay impunidad en México? Cada año un juez recibe 500 casos nuevos”. *Animal Político* [en línea], 21 de abril de 2015. Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/2015/04/por-que-hay-impunidad-en-mexico-cada-ano-un-juez-recibe-500-casos-nuevos/>. Última consulta el 15 de abril de 2020.

Sin embargo, en México se ha perpetuado este tipo de relaciones en todos los ámbitos y su debilitamiento se debe en gran parte al modelo económico en el que se ha basado la trayectoria del país carente de garantizar una distribución equitativa de los recursos que genera, ocasionando de esta manera una brecha de desigualdad en la posibilidad de tener las mismas condiciones mínimas de una vida digna.

De acuerdo con los resultados presentados por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), el número de personas en situación de pobreza para el año de 2018 llegó a 52.4 millones de mexicanos, entendido el término de pobreza como la falta de al menos una carencia social ya sea rezago educativo, acceso a servicios de salud, alimentación, espacio de vivienda, servicios básicos en la vivienda, o acceso a seguridad social; mientras que, los mexicanos que viven en pobreza extrema se estimó cerca de 9.3 millones personas, entendida pobreza extrema cuando no se puede satisfacer tres o más carencias de las seis mencionadas anteriormente¹⁴⁷.

México es uno de los países con diferencias más dispares entre personas ricas y pobres. De acuerdo con el coeficiente de Gini, presentado por el Banco Mundial, la entidad se encuentra entre los primeros quince países con mayores niveles de desigualdad en el mundo¹⁴⁸, ya que, si se observa el promedio de ingresos que puede obtener un grupo y otro, tendremos que en los hogares más pobres de México al día ingresan en promedio \$101.00 pesos mexicanos (4.26 dólares), mientras que de los más ricos llegan a obtener en promedio de \$1,853.00 pesos diarios (78.14 dólares)¹⁴⁹.

De esta manera, cabe preguntarnos si la desigualdad tiene alguna relación con los altos índices de violencia que vive el país. Para contestar a esta pregunta HERNAN WINKLER, economista e investigador del Banco Mundial, ha señalado lo siguiente: *“La actividad criminal también se puede explicar por un análisis costo-beneficio; cuanto más escasas sean las oportunidades económicas para los más pobres y mayor sea la brecha de ingreso entre pobres y*

¹⁴⁷ CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL (CONEVAL) 2018. Medición de la Pobreza 2018 [en línea], 2018. Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza-2018.aspx>. Última consulta el 22 de mayo de 2020.

¹⁴⁸ BANCO MUNDIAL. *Índice de Gini* [en línea], 2018. Disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI?locations=MX>. Última consulta el 22 de mayo de 2020.

¹⁴⁹ INEGI. Resultados de la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares. *Sala de prensa* [en línea], 2019. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/app/saladeprensa/noticia.html?id=5110>. Última consulta el 25 de mayo de 2020.

ricos, los beneficios económicos de crímenes como robos o secuestros –que muchas veces terminan en homicidios- tienden a ser mayores”¹⁵⁰.

A pesar de lo anterior, el economista refiere que las brechas económicas no son el único factor que influye en el incremento del crimen y la violencia en México, sino que también intervienen otros factores como las fallidas estrategias en el combate al narcotráfico y el reclutamiento de jóvenes en actividades ilegales. Sugiere el investigador que es necesario mantener a la población joven dentro del mercado laboral y reducir los niveles de deserción escolar¹⁵¹.

No es mejor el panorama en lo que toca a la confianza entre los mexicanos, pues a nivel nacional, el 70% de los ciudadanos afirma que no se puede confiar en la mayoría de las personas¹⁵², cifra que se obtuvo del Informe País sobre la Calidad de la Ciudadanía en México del Instituto Nacional Electoral (INE) en 2013.



Figura 4. Elaboración propia con base en la Encuesta Nacional sobre Calidad de la Ciudadanía, INE, 2013.

¹⁵⁰ BANCO MUNDIAL. “Está demostrado: con menos desigualdad se tiene menos crimen”, *Noticias* [en línea], 03 de septiembre de 2014. Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2014/09/03/latinoamerica-menos-desigualdad-se-reduce-el-crimen>. Última consulta el 15 de mayo de 2020.

¹⁵¹ *Ídem*.

¹⁵² INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL. *Informe país sobre la calidad de la ciudadanía en México* [en línea], 2014, pág. 47. Disponible en: https://portalanterior.ine.mx/archivos2/s/DECEYEC/EducacionCivica/Resumen_Ejecutivo_23nov.pdf. Última consulta el 27 de mayo de 2020.

Esta desconfianza social se traslada incluso en otros ámbitos como en la participación ciudadana y en el involucramiento en organizaciones civiles (*Figura 4*)¹⁵³, pues de acuerdo con el informe, de los 11,000 mexicanos encuestados, solo el 3.38% forman parte de un partido político, 1.08% de alguna organización de protección de derechos humanos, 1.50% de alguna asociación profesional, 6.19% a una asociación de padres de familia y destacando con un 10.81% en alguna organización religiosa.

Conforme a la Encuesta Nacional en mención, el 66% considera además que la ley se respeta poco o nada, cifra que resulta preocupante pues como lo señala el propio informe: “*sin confianza en el correcto cumplimiento de la ley, tampoco puede haberla en la autoridad y las instituciones; por lo tanto, no puede haber un estado de derecho consolidado*”¹⁵⁴. En el rubro de Derechos Humanos y aplicación de la ley, se les preguntó a los encuestados qué era más importante ¿que las autoridades respetaran los derechos humanos o que capturaran a personas acusadas de cometer algún delito? A lo que más del 50% admitió en poner los derechos humanos en segundo término cuando se trata de capturar a un presunto delincuente.

De esta forma podemos entender el complejo contexto social que vive la sociedad mexicana y los distintos problemas que aún quedan por resolver en materia de seguridad pública y de bienestar social. Sin duda, son más diversos y profundos los problemas sociales que imperan en la sociedad mexicana que los que presenta el sistema de justicia penal. En principio se tendría que trabajar en el fortalecimiento y reconstrucción del tejido social en todos los estratos sociales a fin de conseguir que los ciudadanos se involucren más en la toma de decisiones de su entorno. Lo anterior se traduciría en la apuesta por la reconstrucción de la red de protección social partiendo desde las instituciones más básicas de la sociedad, es decir, desde las familias, asegurando empleos, fuentes de ingresos, mejorando los sistemas de protección social y reducir el rezago educativo.

Sin embargo, esta sombría realidad puede llegar a ser tan compleja que al momento de presentar propuestas para su mitigación resulta más viable tanto económica como políticamente acudir a esquemas diferenciados de prevención del delito para así evitar el “hipergarantismo” que exige un Estado Social y Democrático de Derecho y facilitar las labores de policías y fiscalías, lo

¹⁵³ *Ídem.*

¹⁵⁴ *Ibidem*, pág. 42.

que se traduce al final del día con una reducción de los estándares mínimos para la protección de derechos de los ciudadanos.

3.2. Mitos y realidades de la prisión preventiva.

Ciertamente, como lo hemos desarrollado hasta ahora, el Sistema de justicia penal acusatorio se encuentra en una profunda crisis de legitimidad, siendo todavía común encontrar opiniones tanto de la sociedad civil como de la función pública que, sin sustento alguno, acusan al mismo de ser el responsable de los grandes problemas de inseguridad que afronta el país derivado según de los escasos delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa. Es por ello que en este apartado nos ocuparemos de mencionar los argumentos más utilizados en el discurso político mexicano y que sostienen la gran mayoría de defensores de la prisión preventiva oficiosa para demostrar, con evidencia empírica, que su sustento se encuentra basado en una política-criminal instrumentada bajo el uso de la violencia a través del sistema institucional y la inepticia que implica utilizar esta figura jurídica para “solventar” los problemas sociales de México.

3.2.1 Mito 1: la prisión preventiva oficiosa reduce el número de delitos.

Aquí podemos diferenciar dos supuestos que abarca este mito: el primero consistente en que, con el uso de la prisión preventiva oficiosa, se incapacita a un potencial criminal para que vuelva a delinquir, a pesar de que se presume su inocencia; y por el otro, que con esta medida se reduce la incidencia delictiva a causa del efecto de disuasión que ocasiona¹⁵⁵.

La anterior afirmación no necesariamente implica que exista una relación dependiente entre el número de incidencia delictiva y el número de personas privadas de su libertad, pues de acuerdo con datos proporcionados en el Primer Informe de Gobierno del actual presidente Andrés Manuel López Obrador, hasta junio de 2019 se registró un total de 200,753 personas privadas de su libertad en centros penitenciarios, de las cuales el 62% eran personas sentenciadas y 38% eran personas pendientes de resolver su situación jurídica¹⁵⁶. De esta cifra se advierte un aumento superior de un 10% de los imputados con la medida de prisión preventiva registrados al cierre de 2018.

¹⁵⁵ ZEPEDA LECUONA, Guillermo. “Los mitos de la prisión preventiva en México”. *Open Society Justice Initiative*, 2010 [en línea]. Disponible en: <https://www.justiceinitiative.org/uploads/59bf32c6-14cc-498f-b68f-a3f374425885/mitos-mexico-20100801.pdf>. Última consulta el 27 de mayo de 2020.

¹⁵⁶ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Primer Informe de Gobierno, 2019 [en línea], pág. 47. Disponible en: <https://lopezobrador.org.mx/2019/09/01/primer-informe-de-gobierno/>. Última consulta el 4 de junio de 2020.

Ahora bien, para ese mismo periodo, entre enero y junio de 2019, el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP) registró un número de 17,608 homicidios, equivalente a un promedio diario de 96 asesinatos y terminó el mismo año con una cifra total de 35,588 homicidios (incluyendo feminicidios)¹⁵⁷. Ello resultó el récord más alto del que se haya registrado en la historia de México. Sin embargo, el mismo organismo señaló que los homicidios no fueron el único delito que aumentaron en el año en cuestión, pues la estadística oficial mostró además el incremento de los delitos de secuestros, trata de personas y denuncias de extorsión.

Lo anterior nos muestra que, aun con el incremento del catálogo de los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, el llamado “efecto disuasivo” de esta medida no tiene reflejo o impacto alguno en las estadísticas de la incidencia delictiva en México y es que, como señalan diversos expertos en materia de seguridad, justicia y derechos humanos, no hay en realidad datos concretos que permitan establecer una coincidencia entre violencia y población penitenciaria¹⁵⁸. En este sentido, coincidimos con Layda Negrete, investigadora de World Justice Project, al afirmar que enfocarnos a las cifras de personas privadas de su libertad “*no debe ser una medida de efectividad del sistema de seguridad del país, ni el objetivo del sistema de justicia. No es el fin meter a la cárcel a más gente sino reducir la violencia*”¹⁵⁹.

3.2.2 Mito 2: La prisión preventiva oficiosa está dirigida para las personas “peligrosas”

Si fuera la prisión preventiva oficiosa una medida útil y eficaz para aislar a las personas consideradas peligrosas para la comunidad o incluso para aquellas que por su comportamiento atentan contra la estabilidad del orden nacional como lo refieren sus diversos defensores, quedaría demostrada su utilidad con el descenso de los índices de delincuencia, así como de la percepción de inseguridad de la ciudadanía, sin embargo, como se ha expuesto anteriormente, estos índices en realidad van en aumento.

¹⁵⁷SECRETARIADO EJECUTIVO DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA (SESNSP). *Incidencia delictiva* [en línea], 2019. Disponible en: <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-87005>. Última consulta el 23 de mayo de 2020.

¹⁵⁸ MENDIETA, Arturo Ángel. “Cárceles mexicanas reducen su población, son 57 mil 254 presos menos que hace cuatro años”. *Animal Político* [en línea], 21 de abril de 2015. Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/2019/07/carceles-presos-poblacion-baja/>. Última consulta el 15 de abril de 2020.

¹⁵⁹ *Ídem*.

La prisión preventiva oficiosa en México

Además, el problema que implica el manejo de esta percepción reside en la ambigüedad que recae en los términos de “delito grave” o sujeto “peligroso”, pues al ser conceptos jurídicos indeterminados se pueden emplear de manera indiscriminada para cualquier supuesto en el que la autoridad no tenga capacidad de respuesta frente al fenómeno de la delincuencia. De aquí que debemos plantearnos la siguiente pregunta: ¿a quién estamos encarcelando realmente? Ya que, si esta medida cautelar tuviera los efectos deseados por el legislador, se tendría evidencia empírica de su eficacia en el desmantelamiento de los diversos grupos de la delincuencia organizada que operan en el país, sin embargo, lo que nos muestra la realidad es que no ha sido posible siquiera menguar las actividades de estas industrias criminales transnacionales. En este sentido, como está diseñado actualmente el sistema penal mexicano, no nada más se presume la culpabilidad de la persona investigada por los delitos señalados en el artículo 19 constitucional, sino que, además, se le considera un “presunto peligroso” al que el Estado se encuentra legitimado para tratar como enemigo en el transcurso del enjuiciamiento criminal.

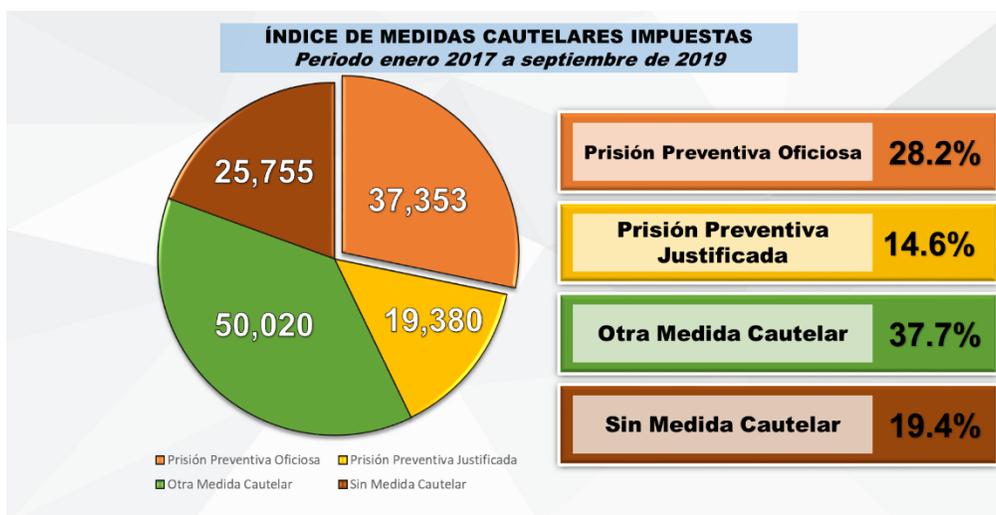


Figura 5. Elaboración propia con datos obtenidos del Modelo de Evaluación y Seguimiento de la Consolidación del Sistema de Justicia Penal del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, con corte a septiembre de 2019.

Lo preocupante de esta situación es que este tratamiento especial que se le da al imputado presuntamente “peligroso” se muestra en casi un 30% de los casos que se llegan a presentar ante un juez (Figura 5)¹⁶⁰. De acuerdo con cifras proporcionadas por el Modelo de Evaluación y Seguimiento de la Consolidación del Sistema de Justicia Penal elaborado por el SNSP, de los procesos iniciados de 2017 a septiembre de 2019, más del 42% de los imputados se encuentran

¹⁶⁰ SNSP. *Modelo de Evaluación y Seguimiento de la Consolidación del SJP* [Formato Digital], 2019. Disponible en: <https://sesnsp.net/mes/index.html>. Última consulta el 20 de mayo de 2020.

sujetos a la medida cautelar de prisión preventiva, en su modalidad oficiosa o justificada¹⁶¹, evidenciando así la tendencia del sistema penal mexicano en priorizar la privación de la libertad sobre el carácter excepcional que debería tener durante el transcurso del proceso.

Como manifiesta ZEPEDA, la imposición de esta medida resulta en la mayoría de los casos injusta, pues se estima que cerca de 40 mil personas imputadas de la comisión de algún delito se encuentran privadas de la libertad sin haber tenido acceso al derecho de incluso evaluar sus circunstancias personales por parte de un tribunal¹⁶², dejando así una secuela permanente para todas estas personas que fueron ignoradas por el sistema viciado por la doctrina del Derecho Penal del Enemigo.

En este mismo aspecto, suele argumentarse que sin la existencia de la prisión preventiva oficiosa se incrementaría el riesgo de fuga de los imputados, así como el riesgo ocasionado tanto para las víctimas como a los testigos y a la sociedad. Sin embargo, consideramos que este argumento se basa en una generalización apresurada, pues si constatamos la veracidad de esta manifestación con los datos aportados por la propia autoridad, de las 35,347 sentencias emitidas entre el año de 2017 a septiembre de 2019, 10% (3,843) fueron absolutorias¹⁶³, siendo algunas de ellas casos “graves” de delitos en materia de hidrocarburo, contra la salud e incluso homicidio. Lo anterior nos permite concluir que un importante porcentaje de personas que fueron sujetas a un procedimiento criminal y que fueron privadas de su libertad durante su transcurso resultaron ser inocentes, por lo que su restricción de libertad resultó ser innecesaria y desproporcional; lo que es aún más alarmante es que en tanto subsista la figura de la prisión preventiva automática esta cifra continuará aumentando conforme vayan incrementando el número de carpetas de investigación correspondientes a los delitos previstos en el artículo 19 constitucional.

¹⁶¹ *Ídem.*

¹⁶² ZEPEDA LECUONA, Guillermo. “Los mitos de la prisión preventiva en México...”, *Op. cit.*

¹⁶³ SNSP. *Modelo de Evaluación y Seguimiento de la Consolidación del SJP... Op. cit.*

3.2.3 Mito 3: El fenómeno de la “puerta giratoria” se resuelve con la prisión preventiva oficiosa

Constantemente le es reprochado a los sistemas de justicia penal de corte acusatorio el fenómeno conocido como la “puerta giratoria”, pues se critica el hecho de que las personas que son detenidas en flagrancia son puestas en libertad inmediatamente gracias al “hipergarantismo” que propugna este modelo de justicia, no obstante, la ENVIPE revela que el fenómeno de la “puerta giratoria” en México se presenta en realidad en las fiscalías y no en sede judicial, esto debido a que los datos muestran que del total de averiguaciones previas o carpetas de investigación iniciadas por el Ministerio Público durante el año de 2018, más del 50% no se determinó nada o no se continuó con la investigación y solo el 4.9% se puso al investigado a disposición de un Juez (Figura 6)¹⁶⁴.



Figura 6. Elaboración propia con datos proporcionados por la ENVIPE, 2019.

Por lo que respecta a la imposición de la prisión preventiva justificada, dentro del Cuarto Informe sobre la implementación del Sistema Acusatorio presentado ante el Congreso de la Unión en junio de 2018, se informó que esta medida se impuso en un poco más del 70% de los casos derivados por delitos de armas de fuego; en un 41% para los delitos en materia de hidrocarburo; y un 88% para delitos contra la salud¹⁶⁵.

¹⁶⁴ INEGI. Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública... *Op. cit.*

¹⁶⁵ ORTIZ QUINTERO, Gabriela. “¿Qué vamos a hacer con la *puerta giratoria*?” *NEXOS, prevención y castigo: Blog sobre política de seguridad* [en línea], 11 de febrero de 2019. Disponible en: <https://seguridad.nexos.com.mx/?p=1234>. Última consulta el 2 de junio de 2020.

En este sentido, si concatenamos los datos expuestos anteriormente y el argumento de que la prisión preventiva oficiosa evita el fenómeno de la “puerta giratoria” tendremos que resulta nula esta afirmación pues, para poder salir de una puerta, lo primero que hay que hacer es entrar en ella, es decir, que la mayoría de los asuntos denunciados a la autoridad ni siquiera entran por la “puerta” del sistema penal y en los casos que logran judicializarse podemos observar que sí se están otorgando las medidas de prisión preventiva justificada respetando los principios exigibles para su legítima imposición.

3.2.4 Mito 4: Es necesaria la ampliación del catálogo de delitos graves para que las autoridades puedan aplicar la prisión preventiva.

Uno de los debates que es común escuchar tanto en la sociedad como en el ámbito político es referente a que, sin la figura de la prisión preventiva oficiosa, la autoridad se encontraría imposibilitada de aplicar la custodia cautelar en los casos de delitos graves, no obstante, el artículo 167 del CNPP establece la oportunidad para los fiscales de acreditar la necesidad aplicar la prisión preventiva para cualquier delito, sin importar que trate de un delito considerado grave.

De aquí que la realidad de la prisión preventiva es que puede aplicarse en todos los delitos, siendo responsabilidad del Ministerio Público solicitar esta medida cautelar en caso de que el delito no sea “grave” y argumentar sobre la necesidad de establecer la medida cuando el imputado pueda escapar o no asistir al proceso, amenazar a servidores públicos, inducir a falsas declaraciones o evidencia de dudosa procedencia o represente una posible amenaza o daño para la víctima u ofendido.

3.3. Realidades. La prisión preventiva oficiosa no es la solución

Sabemos y estamos conscientes de los graves problemas que afronta México como país, por lo que nuestra intención no es crear una dualidad entre quienes son “buenos” y “malos”, entre quienes son “expertos” e “inexpertos”. Aunque no compartamos las ideas de quienes pretenden buscar la solución mediante más cárcel y más medidas de seguridad, creemos que no lo hacen motivados con un deseo de dañar a la sociedad mediante la disminución de los derechos de los imputados, sino que, por el contrario, lo hacen derivado de la percepción que tenemos todos los que vivimos en México, de que las medidas políticas aplicadas hasta ahora no están funcionando.

Sin embargo, al plantearnos y centrarnos en el debate de si la prisión preventiva oficiosa resuelve por lo menos uno solo de los múltiples problemas, consideramos que, por el contrario,

suma una disfunción más dentro de este complejo escenario. Y es que además de las evidentes violaciones contra derechos humanos que implica la imposición de esta medida, podemos destacar que sus efectos atraerían más complicaciones para la procuración, impartición y administración de justicia. Entre estos problemas podemos destacar cinco realidades que trae aparejada la prisión preventiva oficiosa que enumeramos a continuación:

3.3.1 Sobrepoblación en prisiones

Contrario a lo que se piensa de que la prisión preventiva oficiosa reduce los índices de delitos, lo que en realidad provoca es que aumente el número de personas en prisión, lo cual implica problemas de hacinamiento y deficiencia en el seguimiento de programas para la reinserción social. De acuerdo con cifras proporcionados por el Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales, desde 2011 hasta 2017, la gran mayoría de los centros penitenciario del país albergan un porcentaje mayor de personas de las que operativa y administrativamente pueden acoger, siendo el periodo entre 2011 a 2015 con el promedio histórico más alto a nivel nacional con más de un 120% de sobrepoblación, considerado este registro dentro del rubro de sobrepoblación crítica por el Comité Europeo para los Problemas Criminales¹⁶⁶. No obstante, hay entidades que han presentado mayores niveles de sobrepoblación entre el 2010 a 2016 con casi el doble de su capacidad, como es el caso de Michoacán de Ocampo con un 313%; Nayarit con 240% y el Estado de México con un 188%¹⁶⁷.

Por su parte, el colectivo “#JusticiaSinPretextos” ha señalado que actualmente las prisiones mexicanas “*se encuentran a un 124% de su capacidad y por cada delito extra de prisión preventiva se calcula un 5% más de sobrepoblación*”¹⁶⁸. En este sentido, el Informe sobre la Situación de las Personas Privadas de Libertad en México elaborado por distintas organizaciones defensoras de los derechos humanos, ha referido que el uso excesivo de la prisión preventiva forma parte de una de las causas relevantes de sobrepoblación que se vincula con otros problemas en el sistema penitenciario como la insalubridad y falta de mantenimiento de las instalaciones; el deficiente sistema de salud física y mental; la falta de programas integrales de desarrollo personal y de

¹⁶⁶ CARRANZA, Elías. “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?” *Anuario de derechos Humanos*, 2012, no 8, pág. 33.

¹⁶⁷ INEGI. *Estadísticas sobre el sistema penitenciario estatal en México... Op. cit.*

¹⁶⁸ #JUSTICIASINPRETEXTOS. *Comunicado de prensa* [formato pdf], 15 de enero de 2010, pág. 1. Disponible en: <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/content/download/136366/681513/file/20190130032026911.pdf>. Última consulta el 3 de junio de 2020.

reinserción social; prácticas de torturas y tratos crueles inhumanos, así como la conformación de grupos internos de poder para el control de los espacios penitenciarios¹⁶⁹.

3.3.2 Severas consecuencias psicosociales

Además de la sobrepoblación de las prisiones, la prisión preventiva oficiosa conlleva diversos problemas en la inteligencia inter e intrapersonal de la persona privada de su libertad, pues los efectos que se producen van más allá del periodo de encierro, ya que el sujeto sufre un menoscabo en su entorno social y su vínculo familiar derivado de la estigmatización. Lo anterior se vio reflejado en el estudio realizado por los psicólogos ESCAFF-SILVA, FELIÚ-VERGARA, ESTÉVEZ-MERELLO Y TORREALBA-HENRÍQUEZ a un grupo de cuatro sujetos, de entre 30 y 40 años, que fueron privados de su libertad por lo menos por un mes y que posteriormente fueron declarados inocentes, señalando que *“Para los entrevistados, la estigmatización comenzó a ser una experiencia continua y cotidiana, que poco a poco fue menoscabando y coartando toda posibilidad de reintegrarse con normalidad y comodidad a la sociedad [...] El desgaste emocional, mental y físico fue significativo, dado el carácter brusco y repentino del proceso en el que se vieron envueltos. Tanto durante el periodo de privación de libertad, como del proceso en su totalidad, se experimentaron niveles de estrés bastante nocivos para la salud”*¹⁷⁰.

Podemos destacar, además, que a pesar de que la prisión preventiva oficiosa no cumple con los fines de la pena sus efectos son similares o incluso más graves, pues la opinión pública, bajo la idea de la alarma social, no distingue entre una figura y otra, por lo que sus consecuencias se traducen en la discriminación, exclusión y aislamiento social del imputado a quien no se le ha comprobado su plena responsabilidad penal.

3.3.3 Implica costos sociales y públicos innecesarios

La prisión preventiva, además, implica un alto costo social derivado de las aportaciones económicas que la sociedad y las familias dejan de percibir por cada una de las personas que se encuentran privadas de la libertad sin una condena, sin embargo, es mayor el costo público que se destina para mantener la infraestructura y la demanda de las más 95 mil personas recluidas sin

¹⁶⁹ BAUTISTA ZARAGOZA, René. *Informe sobre la situación de las personas privadas de libertad en México*. [Formato pdf], 2012, pág. 19. Disponible en: <https://documenta.org.mx/layout/publicaciones/informes-fortalecimiento-reforma-sistema-penitenciario/informe-situacion-personas-privadas-libertad-mexico-marzo-2012.pdf>. Última consulta el 3 de junio de 2020.

¹⁷⁰ ESCAFF-SILVA, Elías, et al. “Consecuencias psicosociales de la privación de la libertad en imputados inocentes”. *Revista Criminalidad*, 2013, vol. 55, no 3, págs. 302-303.

sentencia¹⁷¹. Se estima que el costo diario de manutención de una persona encarcelada en México es de \$140.00 pesos mexicanos (6.40 euros), representando un costo de 13,000,000.00 de pesos diarios, y al año \$5,000,000,000.00 millones de pesos únicamente en alimentos y vestimenta¹⁷².

Como puede observarse, resulta elevado el gasto generado por la figura de la prisión preventiva que bien podría utilizarse en otras áreas prioritarias como la seguridad, la prevención del delito y el combate al crimen organizado.

3.3.4 Fábrica de delitos y arma política

En México existe actualmente una crisis de fabricación de culpables. Todavía es común escuchar declaraciones de imputados quienes refieren que fueron detenidos por la policía sin una orden judicial, que fueron torturados y amenazados para firmar documentos sin su consentimiento. Perduran en la actualidad las prácticas de “siembra de pruebas” para armar expedientes y es habitual encontrar entrevistas apócrifas o contradictorias de testigos. Los propios miembros de las fiscalías y corporaciones policiales han admitido que la manipulación de testigos, la tortura, el cohecho como medida de retención y la siembra de evidencia son métodos comunes para la fábrica de culpables e incrementar el número de sentencias para elevar los índices de eficiencia y mejorar la imagen oficial de los gobiernos de los estados¹⁷³.

Es por ello que, la prisión preventiva oficiosa, además de no reducir en casi nada la impunidad, podrá servir para sembrar armas, fabricar delitos con falsos positivos y privar de la libertad de manera injustificada a cualquier persona, particularmente a los grupos vulnerables. Por otro lado, también servirá como un arma política contra opositores o denunciadores del gobierno, como prueba de ello es el caso de Lydia María Cacho, periodista y activista de derechos humanos, quien, en 2004, tras haber descubierto una red criminal de pedofilia y trata de personas en Cancún, publicó el libro “Los demonios del Edén”, en donde denunció la participación de diversos empresarios y políticos mexicanos. Como consecuencia, fue detenida extrajudicialmente y acusada supuestamente por los supuestos delitos de difamación y calumnias para posteriormente ser trasladada al Estado de Puebla, durante este trayecto, mayor de 12 horas, fue torturada física y

¹⁷¹ VILLAREAL PALOS, Arturo. “Marco evolutivo y situación general de la prisión preventiva en México”. *Diké: Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, 2016, no 19, pág. 10.

¹⁷² GÓMEZ PÉREZ, M. “La prisión preventiva en el nuevo código nacional de procedimientos...”, *Op. cit.*, pág. 259.

¹⁷³ MELGOZA, Alejandro; ROMANDÍA, Sandra; SALAZAR, París. [en línea] 2019. “Edomex: Fabricación de culpables”. En: *Mexicanos contra la corrupción y la impunidad* [en línea], 17 de junio de 2019. Disponible en: <https://contralacorrupcion.mx/fabricacion-culpables/>. Última consulta el 3 de junio de 2020.

mentalmente por los elementos policiacos y todo bajo órdenes del entonces Gobernador de esa entidad. Según CACHO RIBEIRO, “*Lo que se orquestó fue una orden de aprehensión artificial para tener la posibilidad de infligirme el mayor castigo posible; una vendetta por haberme atrevido a hablar de los poderosos. El traslado, el despliegue desproporcionado de recursos policiacos, la tortura física y psicológica y el típico sabadazo que intentaban aplicarme formaron parte de una maquinación que sólo puede explicarse por la ‘compra’ de la justicia por parte de un particular*”¹⁷⁴.

Después de catorce años, el gobierno de México ofreció una disculpa pública a la periodista al estimar el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que su detención “no fue una medida necesaria ni proporcional, sino una medida de carácter punitivo y, en consecuencia, arbitraria”¹⁷⁵.

En este sentido, con la incorporación y ampliación de la prisión preventiva oficiosa, consideramos que este tipo de casos pueden llegar a repetirse con mayor medida en tanto no se fortalezcan las instituciones de procuración y administración de justicia de todo el país y se garantice su autonomía de los demás poderes del Estado.

3.3.5 Criminaliza la pobreza

La prisión preventiva oficiosa también compromete a los sectores sociales más empobrecidos, pues como lo señala el representante en México de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, diversos estudios muestran que el encarcelamiento afecta de manera desproporcional a las personas que viven en situación de pobreza. La mayoría de las personas privadas de la libertad en todo el mundo provienen de sectores sociales empobrecidos¹⁷⁶ (de Leo, 2019), y México no es la excepción, ya que se estima que cerca del 73% de la población penitenciaria es de bajos recursos, con una educación promedio de secundaria, el 66% tienen oficios de bajo ingreso como campesinos, obreros, artesanos, transportistas o son desempleados,

¹⁷⁴ CACHO RIBEIRO, Lydia María. *Los demonios del Edén: El poder que protege a la pornografía infantil*. Barcelona: Debolsillo, 2015, prefacio a edición revisada.

¹⁷⁵ ARROYO, Luis. “La ONU reconoce la violación de los derechos de la periodista Lydia Cacho”. En *Noticias ONU [en línea]*, 03 de agosto de 2018. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2018/08/1439062>. Última consulta el 3 de junio de 2020.

¹⁷⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS, 2019. Audiencias públicas respecto a prisión preventiva por oficio. En: *Youtube* [vídeo en línea]. Publicado el 08 de febrero de 2019. Disponible en: <https://youtu.be/T6BC9r1dSJK>. Última consulta el 22 de mayo de 2020.

La prisión preventiva oficiosa en México

aunado a que cerca del 88% se encuentra presa por algún tipo de robo¹⁷⁷. Lo anterior nos permite concluir que, más que personas peligrosas para la sociedad, las personas que realmente se encuentran privadas de su libertad provienen de una situación precaria que los ha obligado a delinquir.

¹⁷⁷ INEGI. *Estadísticas sobre el sistema penitenciario estatal en México... Op. cit.*

CONCLUSIONES

Después de haber realizado un análisis de lo que consiste la figura de la prisión preventiva, así como de las consecuencias que derivan de su carácter oficioso, podemos llegar a una serie de conclusiones:

1. En primer lugar, entendemos que en México existe actualmente una crisis en materia de seguridad, corrupción y deficiencia generalizada en todos los ámbitos públicos de la procuración e impartición de justicia, lo que ha obligado al legislador a adoptar un Régimen o Sistema Penal Especial incorporando figuras jurídicas que trastocan los postulados del Derecho Procesal Penal. Este régimen, además, se encuentra influenciado por la doctrina del Derecho Penal del Enemigo y la sociedad, motivada por la creciente alarma social y la ruptura del tejido social, ha tenido a bien recibir este tipo de medidas punitivas sin evaluar previamente el impacto que conllevan en perjuicio de los Derechos Humanos y los principios fundadores de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Lo anterior, no supone otra cosa que centrarse en un desacertado dilema entre seguridad y derechos en el que se optó por sobreponer la eficacia del ejercicio del *ius puniendi* estatal con el uso de la prisión preventiva oficiosa frente al desbordamiento del crimen organizado que impera en México. En este sentido, consideramos que, para ser coherentes con el marco del respeto irrestricto de los Derechos Humanos y los principios fundadores del Estado Social y Democrático de Derecho, es necesario suprimir el carácter oficioso de la prisión preventiva que contempla la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de la legislación secundaria, y devolverle su naturaleza cautelar, contemplándola en todo momento como un instrumento de carácter excepcional.

2. Recalamos la importancia de privilegiar la libertad del sujeto sometido al enjuiciamiento criminal hasta en tanto no se tenga plena certeza de su responsabilidad penal mediante la emisión de una sentencia firme, pues privarlo de su libertad en un momento procesal prematuro y sin motivación suficiente, implica el trastoque de su dignidad humana y, al establecerse la aplicación automática de la prisión preventiva, se legitima el uso de la violencia institucional del poder punitivo del Estado contra su propia población, trayendo como consecuencia efectos contraproducentes a los esperados.

La prisión preventiva oficiosa en México

Por otro lado, defendemos desde nuestra postura, que brindar seguridad no equivale a la disminución de derechos ni de garantías de los justiciables, sino que engloba tanto en garantizar a los ciudadanos la protección de sus bienes jurídicos como en la precisa definición de los límites que tiene el Estado para poder restringir sus derechos fundamentales y humanos, considerando en todo momento los requerimientos mínimos que exige un Estado Social y Democrático de Derecho.

3. En ese contexto vemos, como modelo de referencia, el sistema de plazos establecido en el ordenamiento jurídico español, el cual define de manera clara y precisa los parámetros para la fijación de la prisión provisional conforme a la gravedad de los hechos y a la finalidad perseguida, evaluando en todo momento las circunstancias que se demuestren de manera objetiva en cada caso concreto. Con la incorporación del sistema de plazos en el ordenamiento procesal mexicano se reduciría la arbitrariedad y el uso indiscriminado del plazo máximo previsto para la prisión preventiva, racionalizando así su imposición de manera proporcional y respetando la libertad del imputado como regla general durante el proceso penal.

4. Además de la implementación del sistema de plazos aludido, resulta necesario y urgente que el Estado mexicano fortalezca y renueve sus instituciones de procuración e impartición de justicia dotándoles de un mayor número de personal, estableciendo criterios uniformes de evaluación, seguimiento y capacitación continua para todos los operadores del sistema de justicia penal, poniendo mayores esfuerzos en el empoderamiento y dignificación de los miembros de las fuerzas de seguridad pública y apostando por la aplicación de las medidas cautelares alternas a la privación de la libertad.

Asimismo, cerrar las notorias brechas de desigualdad que caracterizan al país y brindar mayores posibilidades de empleo a la juventud son medidas más útiles y eficaces que la prisión preventiva oficiosa para la prevención del delito y la erradicación del reclutamiento de los jóvenes en las filas del narcotráfico. Es decir, más allá de utilizar la prisión preventiva oficiosa como remedio de todos los males que acontecen y así poder satisfacer a la opinión pública, deben atenderse las necesidades fundamentales de la ciudadanía y no dar paso a las continuas vejaciones contra el principio de presunción de inocencia.

Y es que, además, a lo largo del presente trabajo no se abrió discusión alguna a favor de la abolición absoluta de la prisión preventiva. Entendemos que su existencia, como se mencionó, es indispensable para los supuestos en los que el imputado muestre una falta de interés y cooperación

dentro del proceso, pero estas circunstancias deben acreditarse en una audiencia pública sujeto a debate, respetando ciertos límites fijados por la ley y dejando hacer la labor que le corresponde al juzgador, que es la de juzgar. No estamos hablando de “hipergarantismos”, sino de los mínimos derechos que todo ciudadano debe tener si es que se pugna por vivir en una sociedad que pueda considerarse democrática y si es que se aspira por tener un sistema de justicia penal funcional, imparcial y digno que es el que tanto aqueja e implora hoy en día la sociedad mexicana.

5. Por último, y a la luz de lo expuesto respecto a la eliminación de la oficiosidad de la prisión preventiva, queda demostrado el beneficio que la sociedad y el presupuesto público obtendrían a raíz del desahogo de saturación de las prisiones cuyo costo social podría ser destinado para otras áreas prioritarias que se han expuesto anteriormente y, al mismo tiempo, se evitaría el daño irreparable ocasionado a los presuntos inocentes así como a las miles de familias de las que forman parte, recuperando de esta manera el tejido social.

Por todo ello, concluimos entendiendo que la restricción de la libertad de los ciudadanos no debe estar supeditada en la necesidad de salvaguardar la eficiencia del poder punitivo del Estado, ni centrarse en un dilema de seguridad contra derechos, sino que deberá sustentarse en las causas legítimas que compartan los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho. Pese a que aún queda un largo camino por recorrer, es preferible seguir exigiendo el cumplimiento efectivo de nuestros derechos a dar paso a la arbitrariedad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDRETE SOLARES, Adolfo. “La prisión preventiva oficiosa como límite a la facultad de ponderación del juez en México”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 2019, no. 48, págs. 301-310.
- ANIMAL POLÍTICO. “Liberan a dos implicados en el caso Ayotzinapa; critican al sistema de justicia”. *Animal Político* [en línea], 6 de octubre de 2019. Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/2019/10/liberan-implicados-ayotzinapa-critica-justicia/>.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara. *Instituciones de derecho procesal penal*. Madrid: Rubí, 1981.
- ARROYO, Luis. “La ONU reconoce la violación de los derechos de la periodista Lydia Cacho”. En *Noticias ONU* [en línea], 03 de agosto de 2018. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2018/08/1439062>.
- ASENCIO MELLADO, José María. *La prisión provisional*. Madrid: CIVITAS, 1986.
- ASENCIO MELLADO, José María. *Prisión Provisional. [Sesión de conferencia]*. Seminario Prisión Preventiva Sesión I: Perú, 2017.
- BANCO MUNDIAL. “Está demostrado: con menos desigualdad se tiene menos crimen”, *Noticias* [en línea], 03 de septiembre de 2014. Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2014/09/03/latinoamerica-menos-desigualdad-se-reduce-el-crimen>.
- BANCO MUNDIAL. *Índice de Gini* [en línea], 2018. Disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI?locations=MX>.
- BAUTISTA ZARAGOZA, René. *Informe sobre la situación de las personas privadas de libertad en México*. [Formato pdf], 2012. Disponible en: <https://documenta.org.mx/layout/publicaciones/informes-fortalecimiento-reforma-sistema-penitenciario/informe-situacion-personas-privadas-libertad-mexico-marzo-2012.pdf>.
- BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*. En casa de Rosa: Librero, 1828.

- BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. “Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile”. *Política criminal*, 2012, vol. 7, no 14, págs. 454-479.
- BENÍTEZ, Raúl. “La crisis de seguridad en México”. *Nueva Sociedad*, 2009, vol. 220, págs. 173-189.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Reflexiones penales desde Salamanca. «Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana»*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2018.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel, 2012.
- CACHO RIBEIRO, Lydia María. *Los demonios del Edén: El poder que protege a la pornografía infantil*. Barcelona: Debolsillo, 2015.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, 2019. Audiencias públicas respecto a prisión preventiva por oficio. En: *Youtube* [vídeo en línea]. Publicado el 08 de febrero de 2019. Disponible en: <https://youtu.be/T6BC9r1dSJk>.
- CARNERO FERNÁNDEZ, Lydia. *Prisión provisional: ¿excepción o regla?*, Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2019.
- CARRANZA, Elías. “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?” *Anuario de derechos Humanos*, 2012, no 8, págs. 31-66.
- CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale: del giudizio criminale; con una selezione dagli Opuscoli di diritto criminale*. Bolonia: Il mulino, 2004.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos elementales de derecho penal: parte general*. 4ª edición. México: Porrúa, 1967.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). “Guía práctica para reducir la prisión preventiva”, 2016. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/GUIA-PrisionPreventiva.pdf>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), OEA. Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas. 3 Julio de 2017. Disponible en: <https://www.refworld.org.es/docid/59b196604.html>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), OEA. Informe 2/97, relativo a la prisión preventiva en Argentina. 11 de marzo de 1997. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm>.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (CNDH). *Informe sobre el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la seguridad en nuestro país* [en línea], 2008. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2008_segpublica1.pdf.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (CNDH). *Pronunciamiento sobre el plazo razonable en la prisión preventiva* [Archivo pdf], 13 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Informes/Especiales/PRONUNCIAMIENTO-PP.pdf>.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (CNDH). *Recomendación No. 29/2017, Sobre el caso de las medidas cautelares impuestas como “arraigo en el domicilio” en el Estado de Chihuahua* [Archivo pdf], 14 de agosto de 2017. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Recomendaciones/2017/Rec_2017_029.pdf.

CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL (CONEVAL) 2018. *Medición de la Pobreza 2018* [en línea], 2018. Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza-2018.aspx>.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.

DEI VECCHI, Diego. “Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes”. *Revista de derecho (Valdivia)*, 2013, vol. 26, no 2, págs. 189-217.

- DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. “La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Anuario de Derecho Penal*, 2008.
- ESCAFF-SILVA, Elías, et al. “Consecuencias psicosociales de la privación de la libertad en imputados inocentes”. *Revista Criminalidad*, 2013, vol. 55, no 3, págs. 291-308.
- FERRAJOLI, Luigi; BOBBIO, Norberto. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *La reforma de la prisión provisional en España*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.
- GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*, II. Barcelona: Bosch, 1997.
- GÓMEZ PÉREZ, M. “La prisión preventiva en el nuevo código nacional de procedimientos penales”. RAMÍREZ, S. Y GONZÁLEZ, M., *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*. México: UNAM/IIJ, 2015.
- GRIJALVA ETERNOD, Áurea Esther; FERNÁNDEZ MOLINA, Esther. “Efectos de la corrupción y la desconfianza en la Policía sobre el miedo al delito. Un estudio exploratorio en México”. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, 2017, vol. 62, no 231, págs. 167-198.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Cárcel Electrónica: Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel. “Prisión provisional y garantías”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2011, págs. 37-82.
- INACIPE 40 Aniversario, 2016. Día 4, Mesa 14 Derecho Penal, Administración Pública y Corrupción. En: *Youtube* [vídeo en línea]. Publicado el 26 de mayo de 2016. Disponible en: https://youtu.be/w_pZiZLC6wU.
- INSTITUTO MEXICANO PARA LA COMPETITIVIDAD. Entre percepciones y consecuencias: Falta de evidencia para evaluar y transformar la justicia penal. En: *Memorándum para el Presidente* [en línea], 2017. Disponible en: https://imco.org.mx/wp-content/uploads/2017/11/Capitulo1ICI2017_291117.pdf.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI). *Estadísticas sobre el sistema penitenciario estatal en México* [Formato pdf], 2017. Disponible en: http://www.cdeunodc.inegi.org.mx/unodc/wp-content/uploads/2018/01/en_numeros2.pdf.

INEGI. Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental 2017. En: *Comunicado de Prensa Núm. 136/18 Instituto Nacional de Estadística y Geografía* [en línea], 2017. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSegPub/encig2018_03.pdf.

INEGI. Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública 2019. *Subsistema Nacional de Información de Gobierno, Seguridad Pública e Impartición de Justicia*, 2019. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2019/doc/envipe2019_presentacion_nacional.pdf.

INEGI. Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2016. En: *Encuestas en hogares Instituto Nacional de Estadística y Geografía* [en línea], 2016. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2016/doc/envipe2016_presentacion_nacional.pdf.

INEGI. Resultados de la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares. *Sala de prensa* [en línea], 2019. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/app/saladeprensa/noticia.html?id=5110>.

INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL. *Informe país sobre la calidad de la ciudadanía en México* [en línea], 2014. Disponible en: https://portalanterior.ine.mx/archivos2/s/DECEYEC/EducacionCivica/Resumen_Ejecutivo_23nov.pdf.

JARA MÜLLER, Juan Javier. “Principio de inocencia. el estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal”. *Revista de Derecho*, 1999, vol. 10, no supl. Espec, págs. 41-58.

- JUSTICIASINPRETEXTOS. *Comunicado de prensa* [formato pdf], 15 de enero de 2010. Disponible en: <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/content/download/136366/681513/file/20190130032026911.pdf>.
- LE CLERCQ ORTEGA, Juan Antonio; RODRÍGUEZ SÁNCHEZ LARA, Gerardo. Índice Global de Impunidad México 2018. *Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia (CESIJ)-Universidad de las Américas Puebla(UDLAP)*, 2016, vol. 12 [en línea]. Disponible en: https://www.udlap.mx/igimex/assets/files/2018/igimex2018_ESP.pdf.
- MELGOZA, Alejandro; ROMANDÍA, Sandra; SALAZAR, París. [en línea] 2019. “Edomex: Fabricación de culpables”. En: *Mexicanos contra la corrupción y la impunidad* [en línea], 17 de junio de 2019. Disponible en: <https://contralacorrupcion.mx/fabricacion-culpables/>.
- MENDIETA, Arturo Ángel. “¿Por qué hay impunidad en México? Cada año un juez recibe 500 casos nuevos”. *Animal Político* [en línea], 21 de abril de 2015. Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/2015/04/por-que-hay-impunidad-en-mexico-cada-ano-un-juez-recibe-500-casos-nuevos/>.
- MENDIETA, Arturo Ángel. “Cárceles mexicanas reducen su población, son 57 mil 254 presos menos que hace cuatro años”. *Animal Político* [en línea], 21 de abril de 2015. Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/2019/07/carceles-presos-poblacion-baja/>.
- MERINO HERRERA, Joaquín. *Tendencias de la política criminal contemporánea*, Madrid: Marcial Pons, 2018.
- MIR PUIG, Santiago. *La Reforma del Derecho Penal*. Barcelona: Bellaterra, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1980.
- MOLZAHN, Cory; RÍOS, Viridiana; SHIRK, David A. Drug violence in Mexico. *San Diego, Trans-Border Institute, University of San Diego*, 2012.
- MORA-SÁNCHEZ, Jeffry José. “Las causales de prisión preventiva de naturaleza punitiva a la luz del control difuso de convencionalidad”. *Acta Académica*, 2014, vol. 54, págs. 187-220.

NOVOA, María; DE LA ROSA XOCHITIOTZI, Carlos. “Los caminos de la justicia penal”. En: *México Evalúa* [en línea], 6 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.mexicoevalua.org/los-caminos-la-justicia-penal/>.

NOVOA, María; SILVA, Karen; DE LA ROSA, Carlos. *Hallazgos 2016: evaluación del sistema de justicia penal*. Resumen Ejecutivo. 2017. Disponible en: <http://cidac.org/wp-content/uploads/2016/07/resumen-hallazgos-2.pdf>.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. “CIDH llama al Estado mexicano a abstenerse de adoptar medidas legislativas contrarias a estándares internacionales en materia de prisión preventiva” [Comunicado de prensa], 9 de enero de 2019. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/003.asp>.

ORTELLS RAMOS, Manuel. “Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1978, vol. 244, págs. 438-489.

ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las medidas cautelares*. Madrid: La Ley, 2000.

ORTIZ QUINTERO, Gabriela. “¿Qué vamos a hacer con la *puerta giratoria*?” *NEXOS, prevención y castigo: Blog sobre política de seguridad*” [en línea], 11 de febrero de 2019. Disponible en: <https://seguridad.nexos.com.mx/?p=1234>.

PÉREZ LÓPEZ, Jorge A. “El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva”. *Derecho y Cambio Social*, 2014, vol. 11, no 36.

PINTO, Ricardo Matías. “Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera”. *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2007, no 7, pág. 305-337.

PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. Padoua: Cedam, 1982.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Primer Informe de Gobierno, 2019 [en línea]. Disponible en: <https://lopezobrador.org.mx/2019/09/01/primer-informe-de-gobierno/>.

RÍOS ESPINOSA, Carlos. *Pena sin delito, percepciones acerca de la finalidad de la prisión preventiva en México*. México: Due Process of Law Foundation, 2016.

- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Manuel. “La prisión provisional en la doctrina del Tribunal Constitucional”. *Aldaba: revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*, 1992, no 18, págs. 9-30.
- ROSEN, Jonathan Daniel; ZEPEDA MARTÍNEZ, Roberto. “La guerra contra el narcotráfico en México: una guerra perdida”. *Revista Reflexiones*, 2015, vol. 94, no 1, págs. 153-168.
- ROXIN, Claus. *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- SABET, Daniel M. “Corruption or insecurity? Understanding dissatisfaction with Mexico’s police”. *Latin American politics and society*, 2013, vol. 55, no 1, págs. 22-45.
- SECRETARIADO EJECUTIVO DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA (SESNSP). *Diagnóstico Nacional sobre las Policías Preventivas de las Entidades Federativas* [en línea], 31 de diciembre de 2019. Disponible en: http://secretariadoejecutivo.gob.mx/doc/MOFP_31_diciembre_2019.pdf.
- SECRETARIADO EJECUTIVO DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA (SESNSP). *Incidencia delictiva* [en línea], 2019. Disponible en: <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-87005>.
- SECRETARIADO EJECUTIVO DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA (SESNSP). *Modelo de Evaluación y Seguimiento de la Consolidación del SJP* [Formato Digital], 2019. Disponible en: <https://sesnsp.net/mes/index.html>.
- SENADO DE LA REPÚBLICA, LXIV LEGISLATURA. Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Segunda, con proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa, 28 de noviembre de 2018. Disponible en: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2018-12-04-1/assets/documentos/Dict_PC_art_19_CPEUM_prision_preventiva.pdf.
- TRANSPARENCIA MEXICANA. ¿Dónde se encuentra México en el Índice de Percepción de la Corrupción 2014? En: *Transparencia Mexicana* [en línea], 2014. Disponible en: [http://www. tm. org. mx/ipc2014](http://www.tm.org.mx/ipc2014).

VERDÚ, Pablo Lucas. “Artículo 1: Estado social y democrático de derecho”. En: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Edersa, 1996. págs. 95-164.

VILLAREAL PALOS, Arturo. “Marco evolutivo y situación general de la prisión preventiva en México”. *Dikê: Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, 2016, no 19, págs. 5-27.

VOLOKH, Alexander. N guilty men. *University of Pennsylvania Law Review*, 1997, vol. 146, no 1, págs. 173-216.

ZEPEDA LECUONA, Guillermo. “Los mitos de la prisión preventiva en México”. *Open Society Justice Initiative*, 2010 [en línea]. Disponible en: <https://www.justiceinitiative.org/uploads/59bf32c6-14cc-498f-b68f-a3f374425885/mitos-mexico-20100801.pdf>.

Jurisprudencia citada

Sentencia 2178/64 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “*Matznetter Vs. Austria*”, de 27 de junio de 1968. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-165137>.

Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de America “*Gerstein Vs. Pugh*”, de 18 de febrero de 1975. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/420/103/>.

Sentencia 2122/64 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “*Wemhoff Vs. Alemania*”, de veintisiete de junio de 1968. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-165134>.

Sentencia 14379/88 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “*W. Vs. Suiza*”, de 26 de enero de 1993. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-164541>.

Sentencia 16419/90 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “*Yagci y Sargin Vs. Turquía*”, de 8 de junio de 1995. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-164336>

Sentencia 128/1995 del Tribunal Constitucional de España, Sala 2ª, de 26 de julio de 1995. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2982>.

Sentencia 55/1996 del Tribunal Constitucional de España, Pleno, de 28 de marzo de 1996. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3107>.

Sentencia 19/1999 del Tribunal Constitucional de España, Sala 2ª, de 22 de febrero de 1999.

Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3761>.

Sentencia 1567-2002-HC/TC del Tribunal Constitucional del Perú, de 5 de agosto de 2002.

Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01567-2002-HC.html>.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “*Ricardo Canese Vs. Paraguay*”, de

31 de agosto de 2004. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “*Instituto de Reeducción del Menor*

Vs. Paraguay”, de 2 de septiembre de 2004. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=221.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “*Palamara Iribarne Vs. Chile*”, de 22

de noviembre de 2005. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=313&lang=en.

Sentencia 128/1995 del Tribunal Constitucional de España, Sala 2ª, de 18 de abril de 2006.

Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2982>.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*”,

de 21 de noviembre de 2007. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf.

Amparo en Revisión 374/2013 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 29 de enero de

2013.

Contradicción de Tesis 293/2011 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 5 de

abril de 2014. Disponible en:

<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=24985&Clase=DetalleTesisEjecutorias>.