



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE HIDALGO

**Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades
ICSHu**

**ÁREA ACADÉMICA DE DERECHO Y
JURISPRUDENCIA**

“Prisión preventiva oficiosa y principio de presunción de inocencia”

Proyecto Terminal de carácter profesional que para obtener el Título de
Maestra en Derecho Penal y Ciencias Penales

Presenta:

Lic. en D. Daniela Paola Fernández Rangel

Director (es):

Dr. Roberto Rodríguez Gaona

Pachuca de Soto,. Hidalgo

Noviembre 2018



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE HIDALGO
Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades
School of Social Sciences and Humanities
Área Académica de Derecho y Jurisprudencia
Department of Law and Jurisprudence

NÚMERO DE OFICIO: UAEH/ICSHU/AADJ/59/2018.
ASUNTO: AUTORIZACIÓN DE IMPRESIÓN.
PACHUCA DE SOTO HIDALGO, NOVIEMBRE 13, AÑO 2018

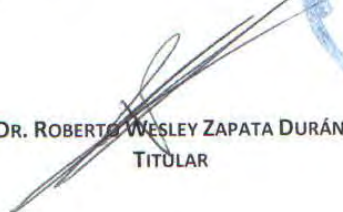
Dr. Cuauhtémoc Granados Díaz.
JEFE DEL ÁREA ACADÉMICA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA
P R E S E N T E

De acuerdo con lo dispuesto en la fracción VII del Artículo 73 del Capítulo VIII del Reglamento General de Estudios de Posgrado de esta Universidad, los profesores investigadores que suscriben el presente documento, integrantes de la Comisión Revisora formada para los efectos de obtención del grado de **MAESTRA EN DERECHO** de la LIC. DANIELA PAOLA FERNANDEZ RANGEL, le notifican que han APROBADO la tesis intitulada "**PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA Y PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**" cuya autoría corresponde al citado profesionista; por lo tanto, autorizamos la impresión del mencionado Proyecto Terminal de Carácter Profesional para los efectos prescritos por la normatividad institucional en este rubro.

ATENTAMENTE
"AMOR ORDEN Y PROGRESO"


DR. CUAUHTÉMOC GRANADOS DÍAZ
TITULAR


DR. JOSÉ LUIS GÓMEZ TAPIA
TITULAR


DR. ROBERTO WESLEY ZAPATA DURÁN
TITULAR


MTRA. MARTHA GAONA CANTÉ
TITULAR



Carretera Pachuca-Actopan Km. 4 s/n, Colonia
San Cayetano, Pachuca de Soto, Hidalgo, México;
C.P. 42084
Teléfono: 52 (771) 71 720 00 Ext. 4226
cgranados2006@yahoo.com.mx

www.uaeh.edu.mx

ÍNDICE

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
JUSTIFICACIÓN	2
HIPOTESIS	5
OBJETIVOS	5
INTRODUCCIÓN	7

CAPITULO PRIMERO ESTADO CONSTITUCIONAL

I.- NEOCONSTITUCIONALISMO.....	10
II.- ESTADO CONSTITUCIONAL.....	18
III.- ESTADO CONSTITUCIONAL EN MÈXICO.....	24

CAPITULO SEGUNDO EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN MÈXICO

I.- ETAPAS EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO.....	36
II.- ETAPA DE INVESTIGACIÓN	37
III.- ETAPA INTERMEDIA	52
IV. -ETAPA DE JUICIO ORAL.....	55

CAPITULO TERCERO PRISIÒN PREVENTIVA Y PRESUNCIÒN DE INOCENCIA

I.- LA PRISION PREVENTIVA EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MEXICO.....	62
II.PRESUNCIÒN DE INOCENCIA.....	66

CAPITULO CUARTO EL CONFLICTO ENTRE LA PRISION PREVENTIVA Y PRESUNCION DE INOCENCIA Y SU AFECTACIÒN EN LOS DERECHOS HUMANOS

I.- PRISION PREVENTIVA Y LIBERTAD PERSONAL	76
II.- ESTADÍSTICAS Y AFECTACIONES DE LA PRISIÒN PREVENTIVA QUE AFECTAN AL ESTADO.....	90

BIBLIOGRAFÍA	97
--------------------	----

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Presunción de Inocencia es un principio jurídico considerado como la protección más importante que tiene todo individuo acusado de un hecho que la ley considera delito. Este principio está inserto en normas internacionales como lo son la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La contracara de la Presunción de Inocencia es la Prisión Preventiva Oficiosa, que de acuerdo a las nuevas reformas del 18 de Junio de 2008 establecen en su Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que: *“...El juez ordenara la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determina la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad...”* es por esto que la presente tesis tiene como finalidad el demostrar que la Prisión Preventiva Oficiosa por su naturaleza va en contra del Principio de Presunción de Inocencia. Y por ende viola uno de los derechos fundamentales más importante del ser humano, que es la libertad, aunado a esto no cumple con el principio garantista del nuevo Sistema de Justicia Penal. En el entendido que la Prisión Preventiva Oficiosa es aquella que por mandato de una autoridad Judicial, en este caso el Juez de Control, priva de la libertad al individuo que se presume cometió un delito que la ley considere como grave, es decir, el propósito de esta es evitar que el presunto imputado del delito se fugue, vuelva a cometer otro ilícito, oculte o destruya pruebas o ponga en peligro personas o bienes, por lo tanto es una figura que se vuelve indispensable para alcanzar una adecuada investigación por parte del Ministerio Público. Mientras que el Principio de Presunción de Inocencia es aquel de suma importancia en los Derechos Fundamentales que tiene todo individuo, pues este enuncia la inocencia de toda persona, hasta que no se demuestre lo contrario; y está sustentado en normas de carácter Internacional, como lo establece el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que a la letra dice:

“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”. Así bien, nos encontramos en una discordancia referente a estos conceptos, pues si bien esto conlleva a que la Prisión Preventiva Oficiosa es una violación de los Derechos Humanos.

JUSTIFICACIÓN

El Principio de Presunción de Inocencia menciona que todo individuo es inocente hasta no demostrarse su culpabilidad en un hecho delictivo a diferencia que la Prisión Preventiva Oficiosa se entiende que a un infractor de delitos graves se le imponga esta medida por lo que se produce la violación a los Derechos Humanos establecidos en El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deriva del consenso de la Asamblea General de Naciones Unidas en su artículo 14, apartado 2, que señala: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley”. Así también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8, apartado 2, casi en términos semejantes refiere: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Y la más importante a nivel Internacional la Declaración Universal de Derechos Humanos que a la letra dice:

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. En nuestra legislación está fundamentado dentro del artículo 20 que establece los derechos del imputado.

Por tanto, la Prisión Preventiva Oficiosa, es aquella en la que el Juez de Control ordena la privación de libertad del que se presume cometió el ilícito en delitos

graves como lo son la trata de personas, violación, secuestro, homicidio doloso y otros considerados como graves. Ferrajoli nos enseña que no hay culpa sin un juicio, por lo tanto debe demostrarse la culpa, mas no la inocencia, por ende al aplicar como medida cautelar la Prisión Preventiva Oficiosa nos encontramos en una discrepancia, pues esta tendría que ser no una regla si no una excepción por el riesgo que representa para los derechos fundamentales del imputado.

El Principio de Presunción de Inocencia impone al acusador el deber de dar información y medios de prueba que tenga, y por tanto él no tiene que aportar pruebas, pero si decide aportarlas opera a favor del procedimiento por lo tanto se resuelve a favor del imputado y eh aquí donde hablamos de que la libertad es la regla general de este principio.

También citaremos si es válido que el imputado este en prisión provisional con antelación al juicio de acuerdo a las normas internacionales, ya que es importante puntualizar que la Comisión Interamericana justifica los siguientes puntos respecto al principio de Presunción de Inocencia:

- 1.- La presunción de que el imputado cometió el delito.
- 2.- Peligro de fuga.
- 3.- Riesgo de que se cometa otro delito.
- 4.- Presión sobre los testigos.
- 5.- Preservación del orden público.

Por otro lado dentro de los supuestos que resaltan el Principio de Presunción de Inocencia citaremos la regla de trato, que en su concepto más básico se refiere a tratar al presunto delincuente como no autor o no participe durante el procedimiento, pues los derechos humanos protegidos de este principio encontramos a la dignidad humana, el honor, y el más importante y que resalta

mayor vulnerado con la figura de la Prisión Preventiva Oficiosa es la libertad , pues de este se distingue una condena anticipada la cual no es permitida dentro de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 20 apartado B, que a la letra dice: “ A qué se le presume su inocencia mientras no se le declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa...”

Es por lo anterior que la Medida Cautelar es de carácter excepcional, pues en el segundo párrafo del Artículo 19, se recoge lo siguiente: “ El ministerio publico solo 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 este siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso...” de lo que se desprende no antepone una pena de prisión, pero en cambio, si es de manera oficiosa indiscutiblemente afecta el derecho a un juicio.

En este sentido y para efectos de entender la discordancia entre la Prisión Preventiva Oficiosa y el Principio de Presunción de Inocencia, es importante saber que son las Medidas Cautelares dentro del Código Nacional de Procedimientos Penales, pues es meramente importante desarrollarse desde el objeto, finalidad y competencia.

Ahora bien en este proyecto analizaremos también la afectación que tiene la Prisión Preventiva Oficiosa respecto a los derechos fundamentales de todo individuo señalado como presunto culpable en un hecho delictuoso, acto procesal que tiene que cumplir con una reserva de ley, pues siendo una medida meramente importante para llevar a cabo cualquier procedimiento con el fin de que no haya menoscabo en la investigación, pero al igual que esta no permite una labor re socializadora , y aumenta la población por lo tanto son mayores costos para el

estado y en síntesis, es meramente importante que todo derecho humano prevalezca ante la figura de la prisión preventiva.

HIPÓTESIS

La Prisión Preventiva Oficiosa es una medida que en México la ley ha considerado para garantizar la presencia de una persona que se encuentre sujeta a un proceso, esto mediante la Privación de la Libertad violando no solo los derechos fundamentales si no también uno de los Principios más importantes que tiene todo individuo que es acusado por cometer un hecho que la ley considera como delito, que es el Principio de Presunción de Inocencia, el cual es de suma importancia pues está inserto y considerado en normas internacionales.

La Presunción de Inocencia tiene sus orígenes en el Derecho Romano, donde Ulpiano, sostenía que: “nadie debe ser condenado por sospechas, porque es mejor que se quede impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente.”

Así mismo, desde el punto de vista, fundamental e histórico no existe una forma lógica de excusar la figura de la Prisión Preventiva que existe en nuestro país, aunado a las nuevas reformas donde pasa de ser un Sistema Inquisitivo a un Sistema Acusatorio mismo que tiene como centro del proceso penal velar por las garantías tanto de la víctima como del imputado, todo esto frente al principio elevado a rango constitucional que representa la Presunción de Inocencia.

OBJETIVOS

GENERAL

- Definir los temas de Prisión Preventiva Oficiosa y Principio de Presunción de Inocencia analizando de fondo la problemática entre la Prisión Preventiva y el Principio de Presunción de Inocencia

ESPECÍFICOS

- Realizar una introducción acerca del desarrollo del Constitucionalismo y su impacto en México que nos llevó a tener un estado de Derecho.

- Explicar de manera general la manera en cómo funciona el nuevo Sistema Penal Acusatorio en México.

- Conocer si la Prisión Preventiva Oficiosa es violatoria del Principio de Presunción de Inocencia.

- Conocer el fundamento y funcionalidad que tiene la Prisión Preventiva Oficiosa en México.

- Proponer una solución que tenga como finalidad resolver la disyuntiva que existe entre la Prisión Preventiva y el Principio de Presunción de Inocencia.

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, nuestro país ha conseguido avances significativos en materia penal, teniendo como objetivos la búsqueda de la Justicia y el respeto a los Derechos Humanos; es así como hemos adoptado un nuevo sistema de Justicia que ha buscado que la misma sea pronta y expedita, que sea justa por cuanto a la manera de juzgar a los presuntos autores intelectuales de un delito y que al mismo tiempo no vulnere sus derechos jurídicos fundamentales, figura mejor conocida como el Principio de Presunción de Inocencia, estipulado ahora en el artículo veinte de nuestra Carta Magna.

Es por lo anterior que considero que dentro de esta larga colección de nuevas reformas penales en nuestro país nos encontramos con una con una controversia actual respecto a dicho Principio Procesal, ya que antagónicamente encontramos una violación a este mismo con la figura de la Prisión Preventiva Oficiosa, la cual me pone a reflexionar sobre la gran contradicción que existe entre ambas.

A través de las siguientes páginas, me daré a la tarea de explicar un poco sobre la historia, para ahondar un poco en nuestro nuevo Sistema de Justicia y poder así explicar si estas figuras pudieran replantearse para conseguir un proceso penal que sea justo y no vulnere los Derechos Fundamentales de las personas

CAPITULO PRIMERO

ESTADO CONSTITUCIONAL

I. NEOCONSTITUCIONALISMO

El Estado de derecho expresa el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, mientras que el Estado constitucional especifica que es el valor normativo de la constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado, incluso que el mismo texto fundamental tenga una aplicación directa y una eficiencia indirecta en el ordenamiento jurídico.¹ Una de las características básicas del Estado liberal de derecho era la supremacía legal donde la ley aparecía como fuente jurídica suprema, mientras que las demás fuentes normativas eran subsidiarias o subalternas. El agotamiento del modelo de Estado de Derecho se produce principalmente a raíz de los totalitarismos previos a los acontecimientos bélicos mundiales de mitad del siglo XX, crisis que tuvo diversas soluciones a través de la revaloración de la importancia de los textos jurídicos fundamentales y la creación de los defensores de la Constitución a través de tribunales constitucionales. Es decir, en oposición a esta idea de jerarquía funcional del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, hoy en día se opone la idea del pluralismo jurídico y metodológico. Las categorías jurídicas de supralegalidad e infralegalidad normativa que reflejaba la concepción neopositivista se están desplazando por una progresiva descodificación del Derecho.

Por lo que se puede decir que un Estado constitucional implica un Estado de derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado constitucional.

¹ Schneider, Hans Peter, Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales, En democracia y constitución, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991 pp.71-115; García de Enterría, Eduardo, La constitución como norma y el tribunal constitucional, 4a reimpresión, Civitas, Madrid, 2001

El desarrollo histórico del Estado de Derecho a Estado constitucional como lo plantea Antonio Enrique Pérez Luño, produce un triple desplazamiento del sistema del ordenamiento jurídico:²

1. El desplazamiento desde la primicia de la ley a la primicia de la constitución,
2. El desplazamiento desde la reserva de la ley a la reserva de la constitución; y
3. El desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad.

Para Luigi Ferrajoli, el tránsito de Estado de derecho a Estado constitucional equivale a un cambio de paradigma relacionado con la validez y legitimación sustancial de las normas. Una norma no será válida por el simple hecho de haber sido creada por el parlamento, sino también por lo que esta misma dice, es decir, por su contenido, condicionado de igual manera por normas superiores, esto es, los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales.³

El Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o simplemente constitucionalismo, en palabras de Prieto Sanchís,⁴ se ha convertido en una corriente polisémica y multidimensional que abarca distintas posibilidades de desarrollo en el marco del Estado Constitucional, y que ha merecido el reconocimiento y detracción de parte de distintos teóricos y filósofos del derecho en el mundo jurídico europeo-occidental⁵

²Cfr. Pérez Luño, Antonio E., La universalidad de los derechos humanos y el estado constitucional referencia extraída del libro de Aguilera Portales, Rafael E. et al., Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales, contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea, México, Porrúa, 2010, p. 3

³ Ferrajoli, Luigi, El positivismo crítico y democracia constitucional, en epistemología jurídica y garantismo, Fontamara, México, 2004, p. 280.

⁴ Prieto Sanchís, Luis, Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones, en justicia constitucional y derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 2003, p. 101

Las ideas que propone el Neoconstitucionalismo no son nuevas, desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX surgía en Alemania una oposición al positivismo bajo el nombre de Movimiento del Derecho Libre que emergía como una reacción práctica contra el método de interpretación positivista, la retórica del Derecho Libre caracterizó al juez modelo de la época como un autómatas, García Amado expone que el Derecho Libre fue acusado de querer disolver el principio de legalidad, de propugnar un incontrolado activismo judicial y de bregar por el desvanecimiento de la seguridad jurídica,⁶ Calamandrei ha afirmado que el derecho libre es una doctrina despreocupada y romántica, cautivante para los juristas que carecen de buen sentido y que equivale a la ausencia de todo derecho.⁷

Hans Kelsen recogió algunas tesis del derecho libre, como la que sugiere que la aplicación de la ley por parte de los tribunales y de la administración es auténtica creación de Derecho; o la de Alf Ross quien en *On Law and Justice* señala que las teorías del derecho libre se encontrarían más cerca de la verdad que las teorías positivistas; García Amado a finales del siglo XX afirmó la existencia de coincidencias entre el derecho libre y algunos postulados de la teoría del Derecho surgida con el constitucionalismo contemporáneo⁸.

Las cinco principales tesis del movimiento del derecho libre fueron, una sobre las fuentes del Derecho, otra sobre las lagunas legales, una tercera acerca de la derrotabilidad de la ley y las lagunas axiológicas, una cuarta referida a la

⁵ Carbonell, Miguel, Teoría del neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos, Trotta, Madrid, 2008.

⁶ García Amado, Juan A., Ernst Fuchs y la doctrina del derecho libre, Anuario de filosofía del derecho XIV, 1997, pp. 803-825.

⁷ Calamandrei, Silva, Fe en el derecho, en Calamandrei, Silva (coord.), Fe en el derecho, Madrid, Marcial Pons, pp. 109-124.

⁸ García Amado, Juan A., op. cit., p. 8

reconstrucción de la Ciencia Jurídica y una quinta acerca del rol del juez y la enseñanza del derecho;

A) La tesis de las fuentes del Derecho rompe directamente con la orientación legicentrista imperante en su época al igual que hoy lo hace el Neoconstitucionalismo que en palabras de sus autores, el Derecho no es solo estatal, es libre y vivo.

B) La tesis sobre las lagunas se sintetiza en que en el derecho hay tantas lagunas como palabras, los autores del derecho libre ponen especial énfasis en demostrar que la ley es incapaz de dar respuesta a todos los casos posibles y que es insuficiente toda invocación de la capacidad del sistema legal para auto integrarse.⁹ Las lagunas jurídicas son los espacios de falta de integridad o de plenitud del ordenamiento jurídico, detectados a raíz de la existencia de un caso que no puede ser correlacionado con ninguna calificación jurídica disponible en el ordenamiento, esto es cuando aquel no lo declara, ni prohibido u ordenado ni permitido¹⁰

C) Su tesis sobre la derrotabilidad de la ley refiere que el juez puede y debe prescindir de la ley. El movimiento del derecho libre se fundamenta en la existencia de las lagunas jurídicas y axiológicas, en el pensamiento de que la ley puede ser incompleta (laguna jurídica) y materialmente incorrecta (laguna axiológica), Prieto Sanchís describe la función del sistema y nos dice que el primer paso de la actividad de la aplicación del derecho consiste en calificar provisionalmente los hechos que activaran el ordenamiento jurídico seleccionado, al mismo tiempo que se individualiza la norma o se segmenta el sector normativo relevante, al cual posteriormente se atribuirá significado.¹¹ El jurista prácticamente agotara la actividad jurisdiccional con la mera identificación del segmento

⁹ García Amado, Juan A., op. cit., p. 8

¹⁰ Prieto Sanchís, Luis, Apuntes de teoría del derecho, Madrid, Trotta, 2008.

¹¹ Núñez Leiva, José I., Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley, México DF., Porrúa, 2013 p. 27, Prieto Sanchís, Luis, Ideología e interpretación jurídica, Madrid, Tecnos, 1993.

normativo aplicable al caso. Y dada la amplia libertad concedida al juez, aquel podrá estimar que la ley contiene una laguna normativa objetiva o bien, podrá incluso construir la laguna mediante una interpretación mínima de las reglas legales vigentes. En un sistema en que la justicia, la equidad y el Derecho vivo, son los principales agentes de racionalización de la ley, donde la mera subsunción es descartada y en cual la interpretación de la norma es tan importante como la de los hechos.

D) La cuarta tesis sobre la reconstrucción de la ciencia jurídica donde el movimiento del derecho libre, propone la utilización de un método individual, concreto, inductivo, basado en la observación y que promueva el uso de la voluntad, no solo el de la razón, para la comprensión y aplicación del Derecho.

E) La quinta tesis sobre el rol del juez y la enseñanza del derecho hace referencia a que el juez no puede ser concebido simplemente como el ejecutor de las prescripciones genéricas contenidas en las normas emanadas del legislador, Segura Ortega afirma que las exigencias del Derecho libre no se centran exclusivamente en la renovación de la metodología jurídica clásica sino que también tiene una finalidad política que se proyecta en la legislación y la propia organización de la judicatura.¹² Para Fuchs una sentencia correcta lo será cuando sea aprobada por ciudadanos legos del correspondiente círculo vital que sean justos, informados y razonables¹³, las valoraciones y ponderaciones del juez deben ser explícitas y susceptibles de revisión pública, la actividad del juez adquirirá mayor legitimidad democrática. Mientras el formalismo abstracto, el conceptualismo y los métodos intemporales son afines al absolutismo estatalista, este método se identificara con un régimen propiamente democrático.

¹² Núñez Leiva, José I., Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley, México DF., Porrúa, 2013 p. 37, Segura Ortega, Manuel, El movimiento del derecho libre, en anuario de filosofía del derecho, X, pp. 423-455

¹³ Núñez Leiva, José I., Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley, México DF., Porrúa, 2013 p. 38, García Amado, Juan A., Erns Funch y la doctrina del derecho libre, en anuario de filosofía del derecho XIV, pp. 803-825.

El origen del Neoconstitucionalismo se puede ubicar en dos perspectivas una material y otra conceptual respecto de la concepción material encontramos el nacimiento de la ley fundamental de Bonn de 1949 y el surgimiento del Tribunal Federal Constitucional Alemán en 1951. A partir de la creación de este órgano supremo, se dio un cambio de paradigma en la doctrina y la práctica judicial de los países de tradición romano-canonica; otro antecedente lo hallamos en Italia, a raíz de la promulgación de la constitución en 1947 y la creación de su Corte Constitucional en 1956. Posteriormente, como consecuencia de la caída de las dictaduras en Europa y el surgimiento de la llamada "tercera ola de democracia",¹⁴ el proceso de constitucionalización comenzó en España y Portugal en 1976 y 1978 respectivamente.¹⁵

En cuanto a su origen conceptual desde fines del siglo pasado e inicios del presente, la Escuela Genovesa de Teoría del Derecho conformada principalmente por Paolo Comanducci, Riccardo Guastini, Susanna Pozzolo y Mauro Berberís, inicio los intentos de sistematización de este nuevo paradigma,¹⁶ teoría que se ha ido apoderando de varias naciones en Europa y Latinoamérica, muchos de los estudios realizados se han concentrado en contraponerlos al viejo paradigma del positivismo decimonónico y replantearlo a partir de la concepción de un positivismo moderado como el de Norberto Bobbio.¹⁷

¹⁴ Huntington, Samuel, La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX, Paidós, España, 2004 pp. 140 referencia extraída del libro de Aguilera Portales, Rafael E. et al., Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales, contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea, México, Porrúa, 2010, p. 4

¹⁵ Barroso, Luis Roberto, El Neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho, UNAM, IJ, México, 2008, pp. 2 referencia extraída del libro de Aguilera Portales, Rafael E. et al., Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales, contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea, México, Porrúa, 2010, p. 4

¹⁶ Pozzolo, Susana, Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional, Doxa, no.21-II, Alicante, 1998, pp. 339-353. referencia extraída del libro de Aguilera Portales, Rafael E. et al., Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales, contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea, México, Porrúa, 2010, p. 4

¹⁷ Bobbio, Norberto, El positivismo jurídico, (Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Mora), (traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi), Debate, Madrid, 1998, p. 239. referencia extraída del libro de Aguilera Portales, Rafael E. et al., Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales, contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea, México, Porrúa, 2010, p. 3

Al igual que las tres acepciones de positivismo jurídico planteadas por Norberto Bobbio; Paolo Comanducci clasifica al Neoconstitucionalismo como teoría, como ideología y como método¹⁸

Como teoría del derecho intenta describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo del sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del Neoconstitucionalismo está caracterizado, además de por una constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la constitución de principios y no solo reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley.

Como teoría, el Neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que esta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico decimonónico,¹⁹ que ya no son sostenibles.

Como una ideología, el Neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objeto de la limitación del poder estatal, que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Este cambio de

¹⁸ Comanducci, Paolo, Formas de Neoconstitucionalismo: un análisis metateórico en Carbonell, Miguel. ed., Neoconstitucionalismo, Madrid, Trotta, 2003, pp. 83 y ss.

¹⁹ Aguilera Portales, Rafael E. (coord.), Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales, Contribuciones a la Teoría Política y Jurídica Contemporánea, "la ideología Neoconstitucionalista y la Democracia" México, Porrúa, 2010, p. 35

denotación es fácilmente explicable por el hecho de que el poder estatal, en los ordenamientos democráticos contemporáneos no es más visto con temor y sospecha por la ideología neoconstitucionalista que más bien se caracteriza por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho, que se ha afirmado progresivamente en occidente y que va expandiéndose su influencia en varias zonas del mundo.

El Neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y aplicación. En particular subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales; podríamos en este sentido hablar de Neoconstitucionalismo de los contrapoderes, pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la constitución, en este caso se podría hablar de un Neoconstitucionalismo de las reglas.

Algunas variantes del Neoconstitucionalismo, y en especial aquellas que se presentan como ideología, presuponen una toma de posición metodológica que Paolo Comanducci propone llamar "Neoconstitucionalismo metodológico" la referencia es Alexy y Dworkin. Tal denominación se contrapone al positivismo metodológico y conceptual, que afirma la tesis según la cual es siempre posible identificar y describir el derecho como es, y distinguirlo por tanto del derecho como debería ser. Esta tesis tiene, como se sabe al menos dos corolarios: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la de la no conexión necesaria entre derecho y moral. Desde su punto de vista, la tesis positivista tiene también al menos un presupuesto: la aceptación de la gran división entre ser y deber ser, en su formulación lingüística, como distinción entre describir y valorar-prescribir. No tiene sin embargo como presupuesto, la tesis meta-ética no-consignativa en el ámbito moral: por lo menos no necesariamente, aun si de hecho muchos teóricos

positivistas son no-cognitivistas, y la mayoría de los críticos del positivismo son cognitivistas.

El Neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario, al menos al respecto a situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y de los derechos fundamentales constituirán un puente entre derecho y moral, la tesis de la conexión necesaria, identificativa o justificativa, entre derecho y moral.

Para Prieto Sanchís no existe un solo Neoconstitucionalismo, él ha diferenciado al menos cuatro modalidades de Neoconstitucionalismo, las cuales tienden a ser confrontadas con las teorías que han dominado el pensamiento jurídico como el iuspositivismo y el iusnaturalismo; las modalidades consisten en, la primera el Neoconstitucionalismo como un Estado de Derecho, la segunda como Teoría del Derecho, la tercera como Filosofía y Concepto del Derecho, que aborda la existencia o no de una conexión conceptual entre Derecho y Moral y la cuarta como Ciencia Jurídica²⁰.

El Neoconstitucionalismo se podría describir como el resultado de dos tradiciones constitucionales²¹ como la de los Estados Unidos de Norteamérica que se cimenta en la idea de supremacía constitucional y en consecuencia garantía jurisdiccional y la de Francia con numerosas disposiciones materiales con denso contenido axiológico que pese a basar su sistema en una norma suprema, confirió la competencia al parlamento donde se depositó la soberanía nacional. Por lo tanto el Neoconstitucionalismo, reúne y destaca los elementos diferenciadores de ambas tradiciones por un lado un programa normativo cargado axiológicamente en especial dirigido al legislador como ocurrió en Francia, pero sin controles heterónomos y por otro la garantía jurisdiccional para que aquello se cumpla y no

²⁰ Prieto Sanchís, Luis, "Neoconstitucionalismo (Un catálogo de problemas y argumentos)", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Castilla-La Mancha, España, 2010, No. 44 pp. 461-506.

²¹ Prieto Sanchís, Luis, *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2007, p.111

solo por aquel sino por cualquiera, tal como lo idearon en Estados Unidos de Norteamérica a través de la *Judicial Review*.²²

El origen del Neoconstitucionalismo es la existencia de un sistema normativo protagonizado por una constitución empapada por un esquema particular de separación de poderes, que pretende condicionar de modo importante las decisiones de las mayorías a través de su carga axiológica y de las instituciones jurisdiccionales que garantizan su supremacía y en donde, a consecuencia de lo anterior, el protagonismo en la concreción de las disposiciones constitucionales no corresponden al legislador si no a los jueces.²³

El modelo de constitución que propone esta teoría es una que este dotada no solo de normas formales, de competencia o procedimiento, dirigidas a orientar el ejercicio de los poderes estatales y la relación entre los mismos, sino también de normas sustantivas que pretendan trazar límites negativos y vínculos positivos a lo que dichos poderes están en condiciones de decidir legítimamente; el sello de este nuevo derecho gira en torno y se subordina a derechos, valores, principios y directrices.²⁴ Son normas muy generales, redactadas en términos particularmente vagos, son programáticas en el sentido de que imponen la obligación de perseguir determinados fines, expresan los valores superiores del ordenamiento jurídico y sirven como criterio de interpretación del derecho subconstitucional²⁵

El Neoconstitucionalismo aporta dos ideas que debo resaltar, la primera haciendo referencia de la tesis de la fuentes de Derecho consiste en que la ley suprema legicentrista de un Estado no tendría que ser tan rígida como para permitir la aplicación dentro de su territorio de una norma que contemple una

²² Núñez Leiva, José I., *Neoconstitucionalismo y Control de Constitucionalidad de la Ley*, México D.F., Porrúa, 2013 p. 81

²³ Núñez Leiva, José I., "Neoconstitucionalismo y Control de Constitucionalidad de la Ley", México D.F., Porrúa, 2013 p.

81

²⁴ Prieto Sanchis, Luis, "El Constitucionalismo de los Derechos", Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, México, Trotta-UNAM, 2007 a, p. 215.

²⁵ Atienza Ruiz, Manuel, *Las Piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 4. Referencia extraída de Núñez Leiva, José I., *Neoconstitucionalismo y Control de Constitucionalidad de la Ley*, México D.F., Porrúa, 2013 p. 85

protección más amplia de derechos, sería de tal forma un modelo de Constitución que se proyecte sobre la labor legislativa y los operadores jurídicos a fin de configurar el orden social y que destruya el dogma liberal estatalista de la fuerza absoluta de la ley y la segunda refiriéndome a la tesis sobre el rol del juez ya que es uno de los pilares importantes, en sus manos está la aplicación del Derecho ante la sociedad, por lo que debe ser un sujeto preparado y conocedor de la ciencia jurídica a lo que el Neoconstitucionalismo aporta una teoría acabada de la argumentación jurídica, aportación que según Prieto Sanchís responde a una necesidad de legitimación, pues se sustituye al “juez boca de ley” por un juez sometido a las cláusulas materiales de la Constitución solo es posible en tanto que su labor pueda ser validada por una sólida argumentación racional.²⁶

II. ESTADO CONSTITUCIONAL

El Estado constitucional es el resultado del pensamiento que postulaba la necesidad de que existiera un derecho más alto que el ordinario para que la libertad quedase preservada. Esta ideología confluyó entre los siglos XVII y XVIII en la teoría iusnaturalista del pacto social propuesto por Thomas Hobbes en Inglaterra y posteriormente retomado por Rousseau en Francia. Hobbes proponía que el orden social es un contrato por el cual los individuos renunciaban a ser naturalmente libres. Así, el poder debe ser absoluto para evitar que los integrantes de la comunidad se enfrenten, no renuncien a su libertad natural y se vuelva a la naturaleza humana. Hobbes pretendía crear unas condiciones que evitaran ese enfrentamiento y que alguien mandara a la fuerza. En el estado de naturaleza no hay normas que indiquen el bien y el mal, que sí existen en el orden artificial, y para establecer esas normas debe existir una autoridad que dirima sobre lo que está bien y lo que está mal.

²⁶Prieto Sanchís, Luis, “Sobre la identificación del Derecho a través de la Moral”, VVAA, Los Desacuerdos en el Derecho, Madrid, Fundación Coloquio Europeo, 2010, p. 95.

Estas ideas motivaron a los precursores de las revoluciones liberales, inspirados en la idea del derecho natural como derecho supremo. En Inglaterra con sir Edgard Coke propuso la doctrina *Common Law*, como una lucha contra el absolutismo, aclarando que ésta solo se mantuvo algunos años porque se regresó a que el parlamento siguiera teniendo el origen y control de las leyes. Esta doctrina del *Common Law* mantuvo vital importancia ya que trascendió en el sistema jurídico de los Estados Unidos de Norte América.

El Constitucionalismo surgió a finales del siglo XVIII en Francia y Estados Unidos de Norteamérica con la positivación del ius naturalismo racional e ilustrado, lo que se tradujo en una nueva organización política de los Estados. Uno de los objetivos principales fue la codificación a través de un poder legislativo para erradicar la dispersión normativa y con esto eliminar al *ius commune*, para fomentar la creación de textos positivos simples y claros que facilitaran su conocimiento con lo que se evitó contradicciones, redundancias o lagunas y limitar el arbitrio judicial. En este momento, el constitucionalismo supone la creación de un *supracódigo* ordenado y destinado a regular el poder político²⁷ con el fin de otorgar seguridad jurídica.

La declaración de independencia de los Estados Unidos de Norteamérica de junio de 1776 (Virginia Bill of Rights), dio lugar a un cambio político, dando paso a la aprobación de la primera constitución de la humanidad en sentido moderno. En dicho documento se instaura concretamente el constitucionalismo porque se enaltece el principio de supremacía constitucional, sobre las leyes locales y federales. Esta supremacía constitucional se consolida con la constitución del 17 de septiembre de 1787(Federalist Papers); documentos que contemplaban la separación de poderes y el diseño de un procedimiento para la modificación de normas constitucionales. Según Luis Prieto Sanchís la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica contribuyó con la idea de la supremacía constitucional, ya que la carta fundamental se erige como

²⁷ Ruiz Miguel, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, Madrid, Trotta, 2009, p. 114.

jurídicamente superior a las demás normas. La idea del poder constituyente del pueblo se traduce aquí en la limitación del poder político y, particularmente, del que se considera más peligroso de aquéllos: el legislativo, que encarna ideal pero no necesariamente la voluntad de la mayoría.²⁸ Otra de las aportaciones es la creación de un mecanismo especial que exige para modificación de la carta fundamental denominado "*rigidez constitucional*", redactado dentro de la constitución que contiene previsiones que lo hacen orgánicamente diverso y procedimentalmente más complejo que la creación, modificación o derogación del Derecho subconstitucional.

Por otro lado, en Francia con la instauración de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se contemplaban por primera vez el derecho a la seguridad individual, el derecho a la presunción de inocencia, el principio de irretroactividad y la libertad de expresión. Además, proponía en su artículo 16 que "una sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución". Esto dio motivo a la creación del constitucionalismo en Francia con la redacción de su primera carta fundamental del 3 de septiembre de 1791, donde se configuró la división de poderes en ejecutivo, legislativo y judicial, inspirado en el mencionado artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Cabe aclarar que la división que se hizo en un primer momento no se ajustaba a las pretensiones revolucionarias, no fue hasta el 17 de agosto de 1795 donde el poder ejecutivo fue conformado por ciudadanos, eliminando así a la monarquía e instaurándose el gobierno de las leyes por sobre el de los hombres. Junto con la revolución surgió, también, el conocido principio de legalidad y el Estado libre de Derecho, caracterizado por la supremacía de la ley frente a la administración de justicia, la jurisdicción y los ciudadanos. El estado liberal es un estado legislativo que se afirma a sí mismo a través del principio de legalidad²⁹, a diferencia de Estados Unidos, en Francia no se planteaban tantas solemnidades para reformar

²⁸ Prieto Sanchís, Luis, *justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, p. 116.

²⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2008

su carta fundamental lo que se traducía en una supremacía política ya que creían que la constitución era un documento que daba vida a un programa político de "*soberanía popular*".³⁰

La constitución producto de la independencia de las colonias norteamericanas y de la revolución francesa se compone de dos características una formal y otra material desde el punto de vista formal se tratara de una norma fundamental, escrita y rígida una súper ley situada por encima del derecho ordinario. Desde el punto de vista material será una norma que habrá de tener un determinado contenido: la garantía de los derechos y el establecimiento de la división de poderes³¹

En este contexto dice Riccardo Guastini que es evidente que el término "Constitución" denota ya no una organización política cualquiera sino una organización política liberal y garantista. La constitución es concebida como un límite al poder político³² a partir de la implementación de este sistema de Estado comienza una era donde a los individuos se le garantizaba a través de este documento la protección de sus derechos fundamentales.

Como se puede apreciar la constitución se crea con un doble fin uno asegurar los poderes y la estructura política, otro la libertad así la constitución limita el poder tanto para mantenerlo con una determinada estructura como para impedir que invada la autonomía individual, ambos objetivos son indisolubles como lo refiere Manuel Aragón Reyes dado que la estructura misma ya no es un fin sino un medio por qué no hay dos objetivos que la constitución deba cumplir sino uno, puesto de que solo de una manera puede el poder organizarse para preservar la libertad³³. El único fin de la constitución es, pues, la libertad; la división de poderes es solo una forma de asegurarla.

³⁰ Prieto Sanchís, Luis, justicia constitucional y derechos fundamentales, Madrid, Trotta, 2009

³¹ Aragón Reyes, Manuel, La constitución como paradigma, Teoría del Neoconstitucionalismo, Madrid, Trotta, 2007, p.30

³² Guastini, Riccardo, Sobre el concepto de constitución, Teoría del Neoconstitucionalismo, Madrid, Trotta, 2007, p.16

³³ Aragón Reyes, Manuel, La constitución como paradigma, Teoría del Neoconstitucionalismo, Madrid, Trotta, 2007, p.31

La limitación material del poder, esto es, los derechos fundamentales, aparecen, así, desde el nacimiento del mismo Estado constitucional, como el núcleo del concepto de Constitución. La distinción entre poder constituyente y poder constituido, la representación política, las limitaciones temporales y funcional del poder son notas características del Estado Constitucional, sin duda alguna, pero la más definitoria es la atribución al pueblo de la soberanía. Y como resulta que solo un pueblo libre puede ser soberano, el único modo de garantizar dicha soberanía es asegurando los derechos fundamentales como límites frente al poder de los gobernantes y, en definitiva, frente a la capacidad normativa del legislador.

La constitución es una norma jurídica suprema, jurisprudencialmente aplicable, que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto que deriva del pueblo, no se imponga inexorablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos³⁴. La constitución no es otra cosa más que la codificación de la participación del pueblo en su organización política.

La composición de una constitución es compleja Paolo Comanducci expone cuatro modelos³⁵ que recogen las concepciones doctrinales más difundidas sobre lo que es una constitución.

El primer modelo, como modelo axiológico como un conjunto de fenómenos sociales que, en su conjunto y dentro de la esfera jurídico- político, aparecen dotados de máximo valor intrínseco o se presentan como generadores de normas. En esta acepción no hace referencia directa a normas, sino directamente; designa un orden, es decir, un ordenamiento o una estructura de la sociedad y/o del Estado.

³⁴ Aragón Reyes, Manuel, La constitución como paradigma, Teoría del Neoconstitucionalismo, Madrid, Trotta, 2007, p.32

³⁵ Comanducci, Paolo, Modelos e interpretación de la Constitución, Teoría del Neoconstitucionalismo, Madrid, Trotta, 2007, pp. 42-44

El segundo modelo, como modelo descriptivo concebido como orden artificial designa aquí simplemente un conjunto de fenómenos sociales, es decir, un objeto que no posee valor intrínseco ni genera normas que como tal puede ser descrito como los instrumentos de las ciencias sociales, designa en esta acepción una situación estable para un tiempo determinado de las relaciones de poder, sociales y políticas; equivale a la estructura fundamental de la sociedad y/o el Estado, también podría decirse que se indican los elementos más relevantes del sistema social y/o del sistema político, o como orden de las relaciones de poder, sociales y políticas, un equilibrio momentáneo de negociación; como orden artificial, puesto que la estructura de la sociedad y/o del Estado ha sido creada y puede ser cambiada por la acción consciente de individuos o de grupos.

El tercer modelo descriptivo concebido como norma, designa en esta acepción, un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias, o expresadas en un documento que, respecto a las otras reglas jurídicas, son fundamentales.

El cuarto modelo, como modelo axiológico de la Constitución concebida como norma, designa en esta acepción, un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que respecto de las otras reglas jurídicas, son fundamentales; con la condición de que posean determinados contenidos a los que se atribuye un valor específico. En este modelo como sostiene Dogliani, la Constitución aparece cargada de un valor intrínseco: la constitución es un valor por sí misma.

Como se aprecia a través de la historia de la humanidad siempre ha imperado la necesidad del hombre sobre la construcción artificial de un orden social, el cual ha requerido de elementos extraídos de la costumbre y la moral de las civilizaciones, así también de las aportaciones intelectuales de grandes personajes a lo largo de las épocas.

Con el fin imperante de proteger los derechos intrínsecos al hombre, se creó un documento denominado Constitución, redactado por la voluntad de los hombres donde se establecen límites de poder entre los individuos que conforman una nación democrática e independiente con una identidad propia.

Hans Kelsen, propone un sistema de justicia constitucional basándose en su "Teoría pura del Derecho" y sitúa en el vértice de su pirámide normativa a la constitución.

La justicia constitucional se concibe como una garantía jurisdiccional de la Constitución; es concebida por Kelsen como un elemento que asegura la solidez del ordenamiento. Si nos referimos a la estructura de un Estado en cuanto a la división de poderes es cierto, sin embargo las constituciones y el derecho se transforman por lo que la teoría de Kelsen de la supremacía constitucional se ha superado por el Derecho Convencional, ahora la constitución no puede ser vista como una ley suprema si no que tiene la obligación de armonizarse con el derecho internacional reconociendo criterios emitidos por las Cortes Internacionales que tienen un efecto globalizante para alcanzar estándares de dignidad y respeto al reconocimiento y protección de los Derechos Humanos por parte de las Comunidades Internacionales a través de los tratados firmados por los Estados en materia de protección de Derechos Humanos.

III. ESTADO CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

El Estado mexicano tiene como fuente de derecho a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada en 1917, la cual se originó a causa de un movimiento social que buscaba cambiar la estructura política y el tipo de gobierno de esa época, con el fin de que la sociedad mexicana accediera a un mejor nivel de vida que no le permitía la dictadura existente. Fue redactada por un congreso constituyente integrado por 214 diputados electos por el pueblo que sesionó del 1 de diciembre de 1916 al 31 de enero de 1917, de tal manera que se

promulgó dicho documento el 5 de febrero de 1917 e inició su vigencia el 1 de mayo de ese año.

México con su constitucionalismo era pionero en el mundo al reconocer en su ley suprema los derechos de los obreros, contenidos en el artículo 123 en sus 28 fracciones,³⁶ a esta idea de innovación constitucional se incorpora también el artículo 27 que establece las disposiciones sobre el uso de la tierra, de aquí surge el constitucionalismo político social de nuestro país.³⁷

La Constitución mexicana se redactó bajo la influencia de ideas iuspositivistas de supremacía constitucional y jerarquía de normas principalmente de países como Francia y Estados Unidos de Norteamérica, concibiendo a nuestra nación como un Estado Federal, representativo, presidencial y de equilibrio de poderes con lo que se pretende reconocer a las personas como la base de todas las instituciones sociales, se limita y subordina el poder y se asegura a los hombres y mujeres una existencia humana y digna.

Miguel Carbonell en su artículo “La ruta de la Evasión” hace referencia a dos procesos de cambio que ha sufrido la teoría constitucional en México durante el siglo XX, el primero sin duda como ya hice referencia líneas atrás fue la Revolución Mexicana en contra de la dictadura del General Porfirio Díaz y la segunda que el la refiere como el tránsito lento a la democracia donde la influencia de la revolución sobre la teoría constitucional cobra fuerza a partir de la creación del Partido Nacional Revolucionario que posteriormente sería el Partido Revolucionario Institucional integrado por el grupo ganador de la Revolución para darle estabilidad institucional al nuevo régimen, lo que tuvo un efecto aglutinador sobre la clase política repercutiendo en la teoría constitucional de esa época, la

³⁶ *Diario de los debates del congreso constituyente, 1916-1917*, México, Edición de la Comisión Nacional para la Celebración del Sesquicentenario de la Promulgación de la Independencia Nacional y el Cincuentenario de la Revolución Mexicana, 1960, t.I, p.1028, Referencia extraída del libro de Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel, *Derecho Constitucional*, 6ª. Ed., México, Porrúa- UNAM, 2009, p. 11

³⁷ Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel, *Derecho Constitucional*, 6ª. Ed., México, Porrúa- UNAM, 2009, p. 11

clase intelectual fue invitada a participar en la líneas del partido lo que causo un efecto “silenciador” sobre la tarea critica que se habría podido articular sobre la manipulación a la que fue sometida la Constitución de 1917.

Durante 72 años el país vivió sometido a una nueva dictadura institucionalizada donde la interpretación constitucional se hacía desde el poder ejecutivo dejando de lado labor de los operadores jurídicos.

El poder legislativo y el poder judicial se desentendieron del texto constitucional y dejaron toda la iniciativa al presidente por lo que la interpretación se solía hacer con base a la exposición de motivos con que se acompañaba cada iniciativa de reforma.

Las sentencias de tribunales extranjeros o internacionales no eran conocidas y lo poco que llegaba se solía rechazar con la excusa de que podía servir como elemento extranjerizante, lo que podía poner en riesgo la soberanía y la unidad del país. Los puestos que podían hacer una interpretación constitucional con efectos prácticos eran ocupados por mandato presidencial y siempre se hacían recaer en miembros del partido oficial o personas vinculadas con su ideología.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de su historia se ha ido adecuando al régimen político en turno, José Ramón Cossío ha clasificado cuatro periodos de la Corte.³⁸ El periodo constitutivo de 1917 a 1927 que se caracterizó por la interpretación legislativa de la Constitución. Esta situación se debió a la cercanía del constituyente y la composición de la misma corte por algunos diputados del constituyente de esa época. De esta forma, el sentido y significado de algunos preceptos constitucionales parecía evidente y claro para muchos de ellos. El periodo liberal de 1927 a 1934 se caracterizó por los criterios liberales de los preceptos constitucionales, ya que se doto a las garantías individuales de un

³⁸ Idem

sentido amplio, dirigido a impedir un variado conjunto de actuaciones estatales respecto de los particulares. El periodo socialista de 1934 a 1940 surgió a raíz del gobierno del general Lázaro Cárdenas. En este sentido, la interpretación de los preceptos constitucionales se encontraban caracterizados por un sentido preponderantemente de carácter social, es decir existía una subordinación de los individuos frente a los entes colectivos sociales como los sindicatos, que adquirieron gran poder durante este sexenio. El periodo estatista de 1940 a 1994 que redujo los contenidos y alcances de sus decisiones a expresiones mínimas, de ahí que Cossío lo denominó también como periodo “minimalista”; ya que estuvieron ausentes las definiciones sobre los alcances de la Constitución ni de las garantías individuales en particular.³⁹ Finalmente la Teoría constitucional de la Novena Época de la suprema Corte de Justicia de la Nación durante los años 1995 al 2000 en este periodo se logró mayor independencia y autonomía para el poder judicial, a partir de las reformas del año 1994 y subsecuentes. Se destaca la creación del Consejo de la Judicatura Federal en auxilio a las labores administrativas y de profesionalización de los servidores públicos del poder Judicial Federal.⁴⁰

El presidente Ernesto Zedillo a comienzos de su administración envió al Congreso de la Unión una iniciativa que reformaría varios preceptos constitucionales, la cual fue aprobada el 31 de diciembre de 1994. Dicha reforma transformaría el sistema de impartición de justicia en dos aspectos, por un lado consolidar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un tribunal constitucional al otorgarle nuevas atribuciones para declarar la invalidez de normas generales a través de la controversia constitucional y las acciones de inconstitucionalidad y así definir su ámbito en la interpretación directa de la Constitución y por el otro lado se crea un nuevo órgano administrativo de vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, denominado Consejo de la

³⁹ Ibidem

⁴⁰ Ibidem

Judicatura Federal, el cual absorbió la carga de administración que agobiaba al Alto Tribunal.

El Pleno de la Corte por Acuerdo 5/1995 de 13 de marzo de 1995, estableció que la Novena Época del semanario judicial de la federación iniciaría el día 4 de febrero de 1995.

A partir de la novena Época la Corte inicia con una etapa ideológica moderna, con influencia del Neoconstitucionalismo los criterios comienzan a permearse con razonamientos de Cortes internacionales y a observar el contenido de los tratados y convenios internacionales para proteger y defender los derechos fundamentales, bajo tal influencia comienzan discusiones sobre la supremacía constitucional como lo podemos observar en la siguiente tesis aislada:

Registro No. 172650

Localización: Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Abril de 2007

Página: 6

Tesis: P. IX/2007

Tesis Aislada Materia(s): Constitucional

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación,

armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.⁴¹

La supremacía constitucional contemplada en el artículo 1 y 133 de la constitución mexicana es una gran barrera conservadora que limita los alcances proteccionistas de los derechos humanos.

Sin embargo México ha adquirido compromisos a través de la firma de tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, por lo que se ha visto en la obligación de reconocerlos de poco en poco; otro de los motivos por el cual los criterios de la corte han cambiado fue también la presión que causó el caso Radilla Pacheco vs. México con la sentencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 23 de noviembre de 2009 uno de los hitos más relevantes para la discusión en México acerca de cuál debe ser la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, así como para la renovación de la discusión en torno a las obligaciones que asisten al poder judicial respecto al respeto y garantía de los derechos humanos.

⁴¹ Semanario judicial de la federación

La Suprema Corte de Justicia de la Nación da un paso más el 4 de octubre del 2011 y avanza a la Décima Época motivo de dos reformas trascendentes una en materia de Juicio de Amparo y otra en materia de Derechos Humanos ambas reformas constitucionales obligan a la Corte a reconstruir los criterios velando por el respeto a los derechos fundamentales de las personas. Inevitablemente, la Corte al dar cumplimiento de la sentencia del caso Radilla Pacheco, se fija ciertas directrices de aplicación para los criterios hermenéuticos el principio “pro persona” y el principio de “interpretación conforme” incorporados a la Constitución con la reforma con lo que se instituye en el país un nuevo modelo de control jurisdiccional con el control difuso de convencionalidad siguiendo el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia.

Las ideas conservadoras en México tanto en el poder legislativo como en el poder judicial se han encargado de cerrar las puertas a interpretaciones y reconocer criterios en materia de derechos Humanos de fuente internacional amparándose con la supremacía constitucional ya que plantean que un modelo difuso de control de convencionalidad puede ser riesgoso para la seguridad jurídica, más sin embargo dentro la Corte existen ideas liberales como la del ministro Arturo Zaldívar que desde la reforma de 2011 en materia de derechos humanos ha propugnado por el reconocimiento del derecho convencional, como lo hizo en la discusión sobre la contradicción de tesis 293/2011 que observamos a continuación:

Época: Décima Época

Registro: 2006224

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 5, Abril de 2014, Tomo I

Materia(s): Constitucional

Tesis: P./J. 20/2014 (10a.)

Página: 202

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe

analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.⁴²

Lo que quiere decir que dadas las obligaciones que el Estado mexicano ha contraído respecto de los derecho humano los operadores jurídicos deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derecho humanos establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los cuales México sea parte con lo que solo se recurre a la inaplicación de la ley cuando esta armonización no es posible. En este sentido no existe peligro para la seguridad jurídica puesto que las obligaciones del Estado en esta materia son claras, y constituyen el parámetro de contraste, el margen de certidumbre.

Dejando en claro que tenemos un sistema constitucional aun renuente al Derecho Convencional en materia Derechos Humanos ya que limita a la interpretación a no ir más allá de lo que contemple la ley suprema por lo que todavía falta camino por recorrer, hasta llegar a crear una constitución moderna donde las lagunas se complementen argumentativamente con criterios de Cortes Internacionales sin temor a que se transgreda la soberanía jurídica de nuestro Estado de Derecho.

⁴² Semanario judicial de la de la federación

CAPITULO SEGUNDO

EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO

La reforma constitucional del 18 de junio del 2008, ha sido la modificación más importante desde la emisión de la carta magna por el constituyente original, esta reforma pretende responder a la decadencia del sistema de justicia penal derivada de la falta de respuesta, transparencia, corrupción, impunidad, lentitud en los procesos entre otros.

En el artículo 20 constitucional se encuentra el núcleo de la reforma que establece un nuevo proceso penal. En este precepto, como en detalle se verá más adelante, se determina que el proceso penal será acusatorio y oral, se enuncian, asimismo, los principios, las características y los derechos de las partes en el mismo. Tales determinaciones es preciso insertarlas en la concepción del proceso acusatorio su sentido moderno, en el que la oralidad actúa como una característica predominante, dado que no puede prescindirse en ningún sistema procesal de pruebas y evidencias escritas⁴³.

En esencia se pretende instaurar en el sistema jurídico mexicano un proceso penal de corte acusatorio en el que, mediante el método de audiencias, se respeten los principios de inmediación, publicidad, contradicción, concentración y continuidad.

La oralidad constituye la esencia del método de audiencias, es el vehículo mediante el cual se respetan los principios citados en el párrafo anterior

⁴³ VALENCIA CARMONA, Salvador, Constitución y Nuevo Proceso Penal, Reforma judicial Num 13.

La oralidad permite la publicidad de las decisiones porque a través de la palabra los presentes en un auditorio determinado pueden escuchar los planteamientos de las partes y la decisión del juez, se garantiza la contradicción porque a diferencia de un proceso de naturaleza escrita en donde las peticiones son dirigidas al juez sin la oportunidad de que la contraria pueda debatir su contenido, al momento de las audiencias permite y garantiza que el juzgador escuche a los intervinientes antes de emitir su resolución; la oralidad permite darle continuidad y concentración a los actos procesales porque en una sola audiencia las partes tienen la oportunidad de realizar solicitudes y planteamientos y el juzgador la obligación de resolverlas.

Es de mencionarse que la oralidad no es un principio procesal; sin embargo, es el instrumento que permite actualizar y dar eficacia al resto de los principios... La oralidad implica que el desahogo de pruebas ya no sólo sea por vía documental, sino que obligatoriamente se debe hacer de manera oral frente al juez, la contraparte y público en general, trayendo consigo beneficios compartidos para la víctima y para el inculpado⁴⁴

El método de audiencias busca garantizar la adecuada capacitación de los operadores jurídicos, porque a diferencia de un proceso escrito, en las audiencias se evidencia la preparación y el conocimiento del caso por las partes.

⁴⁴ RODRÍGUEZ OLVERA Oscar, *Reforma Penal: Los beneficios procesales a favor de la víctima del delito*, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, marzo 2008.

De acuerdo a la exposición de motivos de la reforma que nos ocupa se establece que la oralidad no es un principio procesal; sin embargo, es el instrumento que permite actualizar y dar eficacia al resto de los principios que más adelante se explicarán. La oralidad implica que el desahogo de pruebas ya no sólo sea por vía documental, sino que obligatoriamente se debe hacer de manera oral frente al juez, la contraparte y público en general, trayendo consigo los siguientes beneficios compartidos para la víctima y para el inculpado, por lo que se concluye que el sistema acusatorio basado en el método de audiencias otorga diversas ventajas al sistema de justicia como es transparentar las decisiones de los jueces y actuación de las partes agilizar los procesos penales y evitar la opacidad.

Coincidimos en las bondades del sistema de justicia penal acusatorio, sin embargo, dada su característica preponderantemente oral es importante que reflexionemos en la participación de los miembros de pueblos indígenas en este tipo de procesos.

En razón de lo anterior, a continuación realizaremos un breve bosquejo de las etapas del sistema penal acusatorio haciendo énfasis en aquellos momentos en los que es importante que exista una efectiva comunicación entre el gobernado, sea víctima o imputado y el ministerio público u órgano jurisdiccional, no jurisdiccional.

Las reformas al Proceso Penal Acusatorio han logrado cambios profundos y estructurales en la totalidad de los sujetos que interviene en el proceso, así como la forma en la que cada uno tendrá que defender su postura, pero estas reformas ¿son suficientes para otorgar protección jurídica a todos los grupos sociales y así tengan una defensa adecuada?, tal como la misma doctrina y los Códigos Penales refieren.

Al respecto el estado ha establecido la creación de diferentes órganos especializado, con la finalidad de proteger a grupos sociales vulnerables, esto

sustentado en la llamada justicia especializada de la que más adelante se tendrá la oportunidad de hablar con mayor detenimiento, pero ¿por qué referirla en este momento?, porque el estado mexicano tiene la obligación de proponer vías y procedimientos judiciales que garanticen el acceso a la justicia a todos aquellos grupos desprotegidos, ya existen bases en lo que respecta a este tema, como la justicia especializada para las mujeres y a los adolescentes, pero para este trabajo de investigación nos enfocaremos en otorgar justicia a otro grupo en situación de vulnerabilidad siendo estos los indígenas.

Con el objetivo de lograr lo anterior, se analiza el proceso penal acusatorio en México basándonos en el Código Nacional de Procedimientos Penales, pero con una perspectiva de las necesidades que surgen cuando algún sujeto del procedimiento en este caso el imputado, la víctima o el ofendido sean parte de un grupo indígena, sea que hablen un dialecto o lengua indígena o no, puesto que sus usos y costumbres deben de ser parte importante para aplicarles una justicia con base los principios rectores del derecho penal así como en el respeto de sus derechos humanos que por dignidad humana les corresponden.

I. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO

El nuevo proceso penal en México está compuesto por tres etapas según el Código Nacional de Procedimientos Penales, siendo este el Código en el que se sustentara el presente trabajo de investigación mencionamos a la letra:

Artículo 211. Etapas del procedimiento penal

El procedimiento penal comprende las siguientes etapas:

I. La de investigación, que comprende las siguientes fases:

- a) Investigación inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de control para que se le formule imputación, e
 - b) Investigación complementaria, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación;
- II. La intermedia o de preparación del juicio, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y
- III. La de juicio, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento.

II. ETAPA DE INVESTIGACIÓN.

En el proceso penal acusatorio implementado en nuestro país, la etapa de investigación da lugar a la *notitia criminis*,. En el nuevo sistema deja de estar en manos del juez del crimen y pasa a constituirse en la función esencial del ministerio público, el que controlando en su actividad de investigación por un nuevo órgano jurisdiccional, el juez de garantía.⁴⁵ Esto se fundamenta en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), en el Art. 213, donde hace mención del objeto de la investigación; “La investigación tiene por objeto que el Ministerio Público reúna indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba para sustentar el ejercicio de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño”.

⁴⁵ HORVITZ, María Ines & López, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, pag 445.

Si atendemos a lo anterior y lo trasladamos a un hecho en donde un sujeto del proceso ya sea imputado, víctima u ofendido sea de algún grupo indígena, para delimitar nuestro tema nos enfocaremos al estado de Hidalgo en donde existe una gran variedad de lenguajes y dialectos, además de tomar en los usos y costumbres que se tiene en cada región de este estado.

Es muy difícil que verdaderamente el Ministerio Público pueda recabar todos los indicios de una manera pronta y veraz, puesto que existen muy pocos intérpretes o traductores en nuestro país y si solicitan uno de una región en específico podría tardar meses en que lo pudieran conseguir, por lo tanto en principio no se podría ni siquiera cumplir con el objeto de la etapa de investigación.

La forma de iniciar una investigación criminal se da con la llamada Investigación Administrativa informal o desformalizada y la formal o formalizada, comenzaremos con la primera en donde el Código Nacional de Procedimientos Penales contempla la investigación de los hechos, pero para llegar a este momento se requiere que exista una denuncia, querrela o por su equivalente cuando la ley así lo exija.

En esta etapa llamada de investigación el sujeto procesal encargado de realizar las actuaciones necesarias es el Ministerio Público y la Policía, a los que se les obliga a realizar los actos necesarios para recabar desde el primer momento indicios, esto lo deben de realizar inmediatamente después de enterarse que existe un hecho el que puede ser un acto delictivo o constitutivo de un delito.

Según el Artículo 221 del CNPP, el Ministerio Público podrá enterarse del hecho delictivo de distintas formas o hipótesis las que reza el artículo.

Artículo 221. Formas de inicio

La investigación de los hechos que revistan características de un delito podrá iniciarse por denuncia, por querrela o por su equivalente cuando la ley lo exija. El Ministerio Público y la Policía están obligados a proceder sin mayores requisitos a la investigación de los hechos de los que tengan noticia.

Tratándose de delitos que deban perseguirse de oficio, bastará para el inicio de la investigación la comunicación que haga cualquier persona, en la que se haga del conocimiento de la autoridad investigadora los hechos que pudieran ser constitutivos de un delito.

Tratándose de informaciones anónimas, la Policía constatará la veracidad de los datos aportados mediante los actos de investigación que consideren conducentes para este efecto. De confirmarse la información, se iniciará la investigación correspondiente.

Cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de la probable comisión de un hecho delictivo cuya persecución dependa de querrela o de cualquier otro requisito equivalente que deba formular alguna autoridad, lo comunicará por escrito y de inmediato a ésta, a fin de que resuelva lo que a sus facultades o atribuciones corresponda. Las autoridades harán saber por escrito al Ministerio Público la determinación que adopten.

Al tener la obligación el Ministerio Público y la Policía de investigar un hecho posiblemente delictuoso, su función principal es la de recolectar y realizar las actuaciones necesarias para hacerse de antecedentes probatorios que le permita posteriormente el fundamentar adecuadamente una formulación de acusación en contra de una o varias personas por uno o varios delitos en un caso específico.

En este momento procesal el Ministerio Público podrá realizar actuaciones de investigación por lo que el mismo CNPP en los artículos 251 y 252, prevé las

actuaciones que este órgano investigador podrá realizar sin la autorización específica del juez de control, así como las actuaciones que si requieren de esta autorización para poder llevarse a cabo, la Constitución Política de nuestro país contempla esto con la finalidad de garantizar el respeto a los derechos humanos de cada una de las partes intervinientes en el proceso.

Durante la etapa de investigación desformalizada, el Ministerio Público ejerce cuatro tipos de actividades esenciales:

- a) Actividades puras de investigación.
- b) Decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento.
- c) Anticipos de prueba, es decir, pruebas que no pueden esperar su producción en el debate.
- d) Decisiones o autorizaciones vinculadas a actos que pueden afectar garantías procesales o derechos constitucionales⁴⁶.

Como se mencionó anteriormente algunos actos de investigación requieren de la autorización y vigilancia del Juez de Control, en este caso se refiere a los dos últimos supuestos.

En este proceso penal acusatorio se busca que la investigación sea racional, planeada y justificada por métodos más eficaces, basada en la colaboración efectiva y directa del Ministerio Público como fiscal, de la policía, de los peritos y demás auxiliares que se requieran en la misma.

Si bien la investigación es responsabilidad del órgano acusador, está a cargo de una policía técnica y científica que, utilizando a la criminalística, criminología, victimología, ambientología, psicología, sociología, antropología,

⁴⁶ Cfr. HIDALGO MURILLO, José Daniel. *La etapa de investigación en el sistema procesal penal acusatorio mexicano*. Porrúa, Universidad Panamericana, México, 2009, p. 2.

etcétera, comprueba que un hecho ilícito, causado por alguien, ha tenido repercusiones sociales y merece una sanción punitiva o una solución del conflicto⁴⁷.

El hecho de posible relevancia penal objeto de investigación, se presenta como un resultado de la identificación de cuya causa (previsiblemente una acción humana) habrá que llegar, en la reconstrucción del caso. La imputación que realiza el Ministerio Público al concluir la investigación desformalizada e iniciar la formalizada es una hipótesis de trabajo, cuya demostración suficiente puede justificar la estructuración de un esquema de juicio en que intervienen el Juez de Control y partes. La articulación del proceso en la fase esencial de investigación y otra de juicio propiamente, responde, más que a razones procesales o de diseño de los tribunales, a una exigencia de orden cognoscitivo. No se justifica instaurar un proceso si no es en presencia de datos atendibles sobre la existencia de una conducta posiblemente delictuosa. Es decir, sólo una hipótesis rigurosa y comprobable mediante pruebas merece ser objeto de debate en juicio⁴⁸.

Así bien se manifiesta que al ya contar con una hipótesis del caso, ubicándola como un supuesto fáctico, objeto de verificación objetiva y racional, a partir del cual el policía proporciona los elementos al Ministerio Público para armar la llamada “teoría del caso”, que en específico es la hipótesis del caso verificada o corregida con los elementos objetivos y racionales recabados en la investigación policial.

Es oportuno mencionar que en este momento procesal sobresale la importancia de que la investigación cumpla con los principios básicos del procedimiento, como punto de referencia para este trabajo de investigación se contempla el principio de equidad procesal por lo que a lo largo del mismo se

⁴⁷ Cfr. HIDALGO MURILLO, José Daniel. *La etapa de investigación en el sistema procesal penal acusatorio mexicano*, ob. cit., p. 4.

⁴⁸ Cfr. TARUFFO, Michele et al. *Consideraciones sobre la prueba judicial*, ob. cit., pp. 58 y 59.

tomara como base esencial, porque justifica la existencia de distintos grupos sociales en nuestro país y que todos merecen acceder a la justicia libre y equitativamente, por tal motivo si uno de los sujetos procesales fuera indígena los actos de investigación recabados por el Ministerio Público deben de ser imparciales, verídicos y objetivamente recabados, además de ser ajustados a el derecho que a este grupo vulnerable le corresponde al igual que a cualquier otro mexicano.

Ahora bien al cumplir el Ministerio Público con cada uno de los actos de investigación en la etapa de investigación administrativa desformalizada, el mismo está facultado para terminar con la misma de varias formas, según el Código Nacional de Procedimientos Penales en sus artículos 253, 254, 255 y 256 son las siguientes:

1. Abstenerse de investigar.- cuando los hechos relatados en denuncia o querrela no fueren constitutivos de delito, o cuando los antecedentes permitan establecer que se encuentra extinguida la acción penal o responsabilidad del imputado.
2. Archivo temporal. Aquellas investigaciones en fase inicial que no se encuentren antecedentes, datos suficientes o elementos para establecer una línea de investigación. El archivo subsistirá en tanto se obtengan datos que permitan continuarla a fin de ejercitar acción penal.
3. No ejercicio de la acción. Cuando de los antecedentes del caso le permita concluir que en el caso concreto se actualiza alguna de las causales de sobreseimiento.
4. Criterios de Oportunidad. En primer lugar se debe cumplir con varios supuestos entre los más importantes que se analice objetivamente todos los datos de investigación que obren en la carpeta de investigación, que el

Ministerio Público lo crea pertinente, que se haya garantizado la reparación de los daños a la víctima u ofendido.

El Ministerio Público aplicará sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo que el Código establezca.

En esta etapa ya como investigación formalizada se celebra ante el Juez de Control una o varias audiencias públicas y orales, en que el Juez se pronuncia sobre la legalidad de la detención (si es que ésta ocurrió en el hecho delictivo), así como sobre la imputación que realice el Ministerio Público, la toma de medidas cautelares y la precisión del tiempo que se solicite para continuar y terminar con la investigación de los hechos y la presunta responsabilidad; al reunir estos elementos se podrá avanzar a la etapa intermedia del proceso, o bien como también se le llama preparación al Juicio Oral.

En esta etapa formalizada de la investigación, las partes ya tienen bien especificados sus derechos, en este caso el imputado tiene derecho a la defensa y a contrarrestar la imputación con elementos de prueba, por lo que desde estos momentos se configura en el sistema acusatorio, una estructura en donde las partes pueden contender sobre la detención, los puntos de la investigación, las medidas cautelares e, incluso, pueden terminar el conflicto por vías alternas de solución o con la celebración de procedimientos alternos al juicio, que son de naturaleza sumaria y que tienen por objeto la solución pronta del conflicto mediante la reparación del daño.

Esta etapa carece, salvo excepciones muy estrictas de todo valor probatorio y las actuaciones de investigación son controladas por un órgano jurisdiccional, el

juez de garantía, quien debe aprobar previamente cualquier diligencia o medio que afecte o pueda afectar derechos constitucionales del imputado o de terceros.⁴⁹

Así bien si se explica la investigación formalizada se trataran distintos momentos de los que ya hablamos momentos antes y además en donde ya se menciona al órgano jurisdiccional encargado de hacer valer cada uno de los actos procesales, para darle validez y principalmente que se cumpla con uno de los principios más importantes del proceso el de contradicción, por lo que esta figura autoridad en nuestro país la conoceremos como Juez de Control.

Según el artículo 133 fracción I del CNPP, se establece que el Juez de Control, por su competencia ejercerá las atribuciones que el Código le reconoce desde el inicio de la etapa de investigación hasta el dictado del auto de apertura a juicio.

Ahora bien adentrándonos a la actividad ante el Juez de Control durante la etapa de investigación formalizada en primer momento se tiene que hablar sobre la Audiencia Inicial que son un conjunto de actos para poder llegar a la preparación del juicio oral, para el CNPP la Audiencia Inicial se define de la siguiente manera:

Artículo 307. Audiencia inicial:

En la audiencia inicial se informarán al imputado sus derechos constitucionales y legales, si no se le hubiese informado de los mismos con anterioridad, se realizará el control de legalidad de la detención si correspondiere, se formulará la imputación, se dará la oportunidad de declarar al imputado, se resolverá sobre las solicitudes de vinculación a

⁴⁹ HORVITZ MARIA INES Y LÓPEZ JULIAN, *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, pag 444.

proceso y medidas cautelares y se definirá el plazo para el cierre de la investigación.

En caso de que el Ministerio Público solicite la procedencia de prisión preventiva dicha cuestión deberá ser resuelta antes de que se dicte el auto de vinculación a proceso.

A esta audiencia deberá concurrir el Ministerio Público, el imputado y su Defensor. La víctima u ofendido o su Asesor jurídico, podrán asistir si así lo desean, pero su presencia no será requisito de validez de la audiencia.

Control de legalidad de la detención:

El control de detención es el acto de revisión legal y constitucional que efectúa el Juez de Control. Inmediatamente que se presente el detenido por flagrancia o urgencia ante el Juez de Control, se citará a la audiencia inicial en la que se realizará el control de la detención antes de que se proceda a la formulación de imputación.

La audiencia comienza con la individualización (identificación) de las partes. El juez informa al imputado sus derechos constitucionales y legales, pregunta si cuenta con defensor o se le asigna uno de oficio, le comenta de su derecho a ofrecer pruebas, así como a tener acceso a los registros que se tienen en la carpeta de investigación integrada por el Ministerio Público.

El Ministerio Público explica y justifica ante el Juez los motivos de la detención. En esta fase, las partes sólo argumentan y controvierten las circunstancias de la detención y los hechos que la motivaron.

El Juez calificara, examinara el cumplimiento del plazo constitucional de retención y los requisitos de procedibilidad, ratificándola o decretando su libertad.

Si el juez ratificara el imputado permanecerá detenido durante el desarrollo de la audiencia inicial, en tanto se resuelva si será o no sometido a prisión preventiva, pero si se dejara en libertad al imputado, la investigación puede seguir su curso si la detención se califica de legal, la detención sólo será una medida cautelar, siempre que cumpla los requisitos de necesidad, proporcionalidad, temporalidad y excepcionalidad.

Formulación de la imputación:

En la misma audiencia preliminar, el Ministerio Público puede formular la imputación, que es la comunicación que este efectúa al imputado, en presencia del Juez de Control, de su abogado defensor y en audiencia oral, pública y grabada, de la investigación que hasta ese momento se ha realizado en su contra respecto a uno o más hechos que son señalados como delitos. Se le debe hacer conocer tanto de los hechos que se le atribuyen, como de los medios de prueba en que se apoyan, así como el fundamento jurídico en que se corroboran. La defensa puede solicitar aclaraciones o precauciones sobre la imputación.

En el caso de que el detenido fuera en flagrancia o caso urgente, y después de que se diera la calificación de legal la detención, el Ministerio Público deberá

formular la imputación, solicitando la vinculación del imputado a proceso la que podrá ser en ese momento o si el imputado lo requiere podrá invocar su plazo constitucional de 72hrs.

El procedimiento para formular la imputación según el Código Nacional de Procedimientos Penales, comienza cuando se le otorga la palabra al Ministerio Público el que expondrá el hecho que se le atribuye, la calificación jurídica preliminar, la fecha, lugar y modo de su comisión, la forma de intervención que haya tenido el mismo, así como el nombre de su acusador salvo que, a consideración del Juez de control sea necesario reservar su identidad en los supuestos autorizados por la ley.

El Juez de Control podrá solicita aclaraciones o precisiones sobre la imputación al Ministerio Público, siempre y cuando estas hayan sido solicitas por el imputado o su defensor.

Formulada la imputación, se pregunta al imputado si la entiende y si desea contestar el cargo mediante la rendición de su declaración. Si declara, lo hará de manera libre o mediante preguntas que realice el defensor. Puede contestar, si es su deseo, las preguntas que le formule el Ministerio Público y el acusador coadyuvante. El juez puede formular preguntas destinadas a esclarecer lo afirmado por el imputado, pero éste puede abstenerse de contestar. De hecho, en cualquier momento de la audiencia o del juicio, el imputado puede solicitar que se le escuche para aclarar o complementar su dicho. Después de rendida la declaración o manifestado el deseo de no declarar, el juez abre un debate sobre las peticiones de las partes⁵⁰.

La formulación de la imputación se puede hacer también si el imputado no está detenido, pero se presenta por medio de una citación ante el Juez de Control.

⁵⁰ Cfr. GONZÁLEZ OBREGÓN, Diana Cristal. Manual práctico del Juicio Oral. UBIJUS, 2ª ed., México, 2010, pp. 117 y

Después de que se le otorga su derecho al imputado de declarar o no hacerlo el Ministerio Público solicitara al Juez de control la oportunidad para discutir medidas cautelares, en su caso y posteriormente tiene la posibilidad de solicitar la vinculación a proceso.

Medidas cautelares:

El punto de partida mediático del presente proyecto y del que describiré más adelante generalmente invocado para la comprensión de las medidas cautelares, ya sea en el ámbito civil o penal, es la circunstancia simple e indiscutible de que la realización de un proceso requiere tiempo.' Cuando esta circunstancia se aplica al proceso penal, adquiere las características de un derecho fundamental, que se expresa en el derecho al juicio previo, más concretamente en cuanto éste se manifiesta en el derecho a un proceso previo legalmente tramitado.⁵¹

En este contexto, las medidas cautelares han sido concebidas como un instrumento idóneo para contrarrestar el riesgo de que durante el transcurso del proceso el sujeto pasivo pueda realizar actos o adoptar conductas que impidan o dificulten gravemente la ejecución de la sentencia.⁵² En este sentido, las medidas cautelares constituyen medidas de aseguramiento que persiguen garantizar la eficacia de una eventual sentencia que acoja la pretensión.⁵³

Independientemente de los elementos argumentativos necesarios para configurar la procedencia del dictado de un auto de vinculación a proceso, el

⁵¹ MAIER, *Derecho Procesal Penal argentino t. 1b*. Fundamentos Hammurabi, Buenos Aires 1989, pag 249

⁵² MONTERO AROCA (J[), y otros, *Derecho Jurisdiccional, cit, t. III*, pag 441

⁵³ HORVITZ MARIA INES Y LÓPEZ JULIAN, *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, pag 341.

Ministerio Público puede solicitar al Juez de Control el dictado de medidas cautelares.

Por lo cual el Ministerio Público tiene como obligación la de justificar ante el Juez de Control las razones por las cuales es necesaria, de manera excepcional y temporal, la imposición de medidas cautelares. Estas características se acreditan no sólo con los hechos atribuidos y la sanción probable, sino por el riesgo que implica el imputado para la sociedad, para la víctima o porque pueda evadirse de la acción de la justicia.

La imposición de medidas cautelares no puede significar la oportunidad de adelantar la pena, ni la reparación del daño, sino asegurar el normal desarrollo del procedimiento penal. Así bien la vinculación al proceso no es la justificación para la imposición de medidas cautelares, si no el medio por el que se expresan las razones por las que se tienen que imponer en un caso en concreto.

Vinculación a proceso:

El auto de vinculación a proceso se ubica en la fase inicial y es previa al juicio oral, en esta el imputado es informado que existen hechos por los cuales se realiza una investigación a su persona, por parte de la autoridad ministerial.

Con este procedimiento se apertura un periodo de investigación llamada investigación formalizada, como ya se estableció anteriormente es este momento procesal se puede imponer medidas cautelares con la finalidad de garantizar los fines del proceso, como lo es el llegar a dictar una sentencia.

El auto de vinculación a proceso se compara con lo que en el antiguo proceso era el auto de formal prisión, pero en el sistema acusatorio se transforma

a la obligación de realizar una calificación jurídica con la finalidad de probar la existencia de un hecho que la ley penal señala como delito y que existan datos suficientes para señalar al imputado como participe en la comisión del hecho o que fue quien lo cometió.

Para que se realice correctamente la vinculación a proceso se deben de satisfacer ciertos elementos:

- Que se haya formulado imputación
- Que el imputado haya sido informado de sus derechos.
- Se establezcan las circunstancias de modo, tiempo y lugar, las que justifiquen el hecho.
- Se enumeren los antecedentes de investigación así como los datos que establezcan que se cometió un hecho delictivo y que además arrojen datos suficientes para inculpar al imputado.
- No existan dudas razonables o causas de extinción de la acción penal o alguna excluyente de responsabilidad penal.
- Este auto deberá ser dictado por el hecho o hechos que ya hayan sido motivo de imputación.
-

Una vez que el Ministerio Público presenta la vinculación a proceso el Juez de Control deberá realizar un proceso donde tenga la capacidad de ponderar los argumentos orales que ambas partes tuvieron a bien manifestar, siendo que con ellos el juzgador deberá garantizar los principios de oralidad, contradicción e inmediatez.

En la misma audiencia inicial o en otra diferida, corresponde resolver al Juez de Control sobre la vinculación al proceso. Es el Ministerio Público quien puede solicitar tal medida, una vez que en la investigación se establezcan datos sobre la comisión del hecho ilícito, la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o haya participado en su comisión y que no se haya demostrado, más

allá de toda duda razonable, una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de responsabilidad.

Al escuchar al abogado defensor y al imputado, con la presentación de sus medios de prueba, el juez resolverá sobre la vinculación o no del imputado al proceso.

El auto de vinculación a proceso, únicamente puede dictarse por los hechos que fueron motivo de la formulación de la imputación, pero el juez podrá otorgarles una clasificación jurídica diversa a la asignada por el Ministerio Público al formular la imputación.

La valoración razonada por parte del juzgador se establecerá por medio de los elementos que el fiscal y la defensa hayan establecido fundamentando y motivando correctamente, por lo que en esta etapa procesal se destaca la importancia de que todos los datos de investigación sean recolectados correctamente y conforme a derecho, así nos realizamos una pregunta en nuestro trabajo de investigación ¿Cómo se logra esto, si en determinado momento el Ministerio Público no conoce los usos y costumbres o el idioma o dialecto de las partes intervinientes en el proceso?

Esta pregunta será importantísima en nuestro trabajo de investigación, como será el hecho si las partes intervinientes en el proceso son indígenas hablando un dialecto o lenguaje distinto al español y que como en la actualidad se dé el caso de que no se encuentra traductor.

Si fuera la víctima o el ofendido el ministerio público no tendría la capacidad de entender las necesidades que afecten a estos, pero por el lado del imputado se complica el procedimiento puesto que no conocería del hecho por el que se le acusa o no se podrían realizar las actuaciones ni audiencias hasta en tanto no se consiguieran los traductores o interpretes necesarios para poder realizarse y esto

en el sistema normal puede llegar a tardar meses, además de que los datos parte de la investigación nunca tendrán una objetividad si no se cuenta con esa visión desde los usos y costumbres.

Además los jueces de control como podrán tener una idea acertada y acercada a la realidad sin las bases que ya mencione sobre los usos y costumbres del sujeto al que se le están imputando los hechos, y si desconoce estos totalmente como será capaz de realizar su valoración razonada sobre los datos que le fueron proporcionados.

Por lo anterior desde este momento es conveniente hablar de la necesidad de que las autoridades sean especializadas y que atiendan ciertas regiones de nuestro estado, dándole tramite a casos concretos esto con una visión amplia desde los usos y costumbres indígenas.

Regresando a al momento procesal de la vinculación y complementando la información se establece el caso de la no vinculación la cual procederá, cuando no se cumplan los requisitos establecidos en la ley. Implicando la revocación de las medidas cautelares decretadas, pero no significa que el Ministerio Público no pueda continuar la investigación para realizar nueva imputación en cuanto cuente con los datos necesarios para poder realizar una acusación al imputado y así llegar a realizar una vinculación a proceso.

III. ETAPA INTERMEDIA.

Es el conjunto de actos procesales que median desde la presentación de la acusación hasta la resolución que decide la posible apertura de la causa a juicio oral.

La etapa intermedia según el CNPP, establece que tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, depurando los hechos controvertidos los cuales serán materia del juicio.

Como finalidad esencial esta etapa debe de depurar, supervisar y controlar los presupuestos o bases de la imputación y de la acusación, primero por el propio órgano investigador y luego por el órgano judicial.

Esta etapa se compone de dos fases, una escrita y otra oral, la primera fase es escrita en la cual el ministerio público realiza su acusación además de todos los actos necesarios para que se dé el descubrimiento probatorio por cada una de las partes intervinientes en los momentos procesales oportunos.

Una vez transcurridos los actos previos a la audiencia intermedia, comienza la fase oral llevándose a cabo dicha audiencia la que deberá ser guiada por el Juez de control y deberán estar presentes el Ministerio Público y el Defensor, La víctima u ofendido deberán asistir pero su inasistencia no suspende el acto pero si su derecho a la coadyuvancia.

El contenido de la acusación será de forma clara y precisa, con los siguientes elementos:

Artículo 335. Contenido de la acusación

Una vez concluida la fase de investigación complementaria, si el Ministerio Público estima que la investigación aporta elementos para ejercer la acción penal contra el imputado, presentará la acusación.

La acusación del Ministerio Público, deberá contener en forma clara y precisa:

- I. La individualización del o los acusados y de su Defensor;
- II. La identificación de la víctima u ofendido y su Asesor jurídico;
- III. La relación clara, precisa, circunstanciada y específica de los hechos atribuidos en modo, tiempo y lugar, así como su clasificación jurídica;

- IV. La relación de las modalidades del delito que concurrieren;
- V. La autoría o participación concreta que se atribuye al acusado;
- VI. La expresión de los preceptos legales aplicables;
- VII. El señalamiento de los medios de prueba que pretenda ofrecer, así como la prueba anticipada que se hubiere desahogado en la etapa de investigación;
- VIII. El monto de la reparación del daño y los medios de prueba que ofrece para probarlo;
- IX. La pena o medida de seguridad cuya aplicación se solicita incluyendo en su caso la correspondiente al concurso de delitos;
- X. Los medios de prueba que el Ministerio Público pretenda presentar para la individualización de la pena y en su caso, para la procedencia de sustitutivos de la pena de prisión o suspensión de la misma;
- XI. La solicitud de decomiso de los bienes asegurados;
- XII. La propuesta de acuerdos probatorios, en su caso, y
- XIII. La solicitud de que se aplique alguna forma de terminación anticipada del proceso cuando ésta proceda.

Soluciones a la Audiencia Intermedia

1. Apertura a juicio oral.
2. Sobreseimiento o preclusión.
3. Reapertura de la investigación.
4. Homologación o aprobación de acuerdos entre acusadores y acusados.
5. Suspensión condicional del proceso,
6. La sentencia condenatoria anticipada.

Formas de terminación anticipada de la Audiencia Intermedia.

1. Acuerdo reparatorio.
2. Procedimiento simplificado.
3. Suspensión condicional del proceso.

4. Procedimiento abreviado.

Apertura a Juicio Oral

La apertura a juicio oral se realiza antes de finalizar la audiencia intermedia, de la cual se tiene como resultado la aceptación de la acusación, esta aceptación es por parte del juez encargado de la fase intermedia.

Según el CNPP, el auto de apertura a juicio debe indicar elementos indispensables como:

- El Tribunal de enjuiciamiento en donde y cuando se celebrará la audiencia de juicio.
- La individualización de los acusados
- La acusación que será objeto del juicio.
- Los acuerdos probatorios realizados por las partes
- Los medios de prueba que serán desahogados en audiencia de juicio, audiencia de individualización de sanciones y de reparación del daño.
- Las personas que deberán ser citadas a la audiencia de debate, las medidas de resguardo de identidad y datos personales.
- Medidas cautelares.

Este auto es una solución procesal que se considera la más importante para poner fin a la fase intermedia del proceso penal acusatorio, resultando indispensable para que el proceso penal se lleve a cabo correctamente cuando se aportó una sólida base a la acusación, por lo que debe terminar irremisiblemente en juicio oral.

IV. ETAPA DE JUICIO ORAL

Es una de las etapas más importantes si no es que la más significativa del proceso penal acusatorio, esto sustentado en la lógica acusatoria nos da la pauta para finalmente y gracias a las etapas anteriores exista una acusación bien

fundada y así comprobar la certeza de esta misma, como las dimensiones jurídicas que implican, se podrá comprobar la eficacia de las pruebas ya admitidas con anterioridad, con la finalidad de ejercer justicia por las vías adecuadas.

Se le llama juicio, porque implica el poder ordenar y acreditar las ideas ya establecidas en la acusación pero desahogando pruebas, asegurando la aplicación de los principios de oralidad, inmediación, imparcialidad, publicidad, contradicción, igualdad, concentración y continuidad.

La etapa de debate tiene su inicio después de concluida la fase intermedia, en los plazos legales establecidos, pero una vez que se apertura el juicio oral el juez tiene la obligación de verificar la presencia de las partes en este caso el Ministerio Público, el acusado y su defensor, la víctima u ofendido así como su asesor legal o coadyuvante si se dio el caso, los testigos, peritos y en nuestro tema de estudio es importante mencionar que será necesario si se diera el caso el llamar a los intérpretes y traductores que se requieran para que las partes puedan entender correctamente cada una de las actuaciones que se realicen en el juicio.

Si bien es cierto que ya se estableció la finalidad del juicio oral es necesario que fundamentemos esto con el CNPP en su Artículo 348. El cual a la letra dice “El juicio es la etapa de decisión de las cuestiones esenciales del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación en el que se deberá asegurar la efectiva vigencia de los principios de inmediación, publicidad, concentración, igualdad, contradicción y continuidad.”

Ya en el juicio el Tribunal deberá darle lo que el CNPP establece como la dirección del debate de juicio, estableciendo las bases en el Art. 354, contemplando las obligaciones del juzgador que preside la audiencia de juicio el que tiene que ordenar y autorizar las lecturas pertinentes, hacer advertencias, tomar protestas legales y moderar la discusión; impedirá intervenciones impertinentes o que no resulten admisibles, sin coartar la libertad de defensa.

Tienen que resolver objeciones que se formulen durante el desahogo de la prueba. Si existiera inconformidad por cualquiera de las partes, impuesta por la vía de revocación de una decisión del Presidente, lo resolverá el Tribunal.

Una vez que se apertura el debate, se plantea la acusación y si esta estuviera integrada por varios hechos punibles atribuidos a uno o más imputados, el Tribunal podrá establecer que el debate sea por separado pero sin perder la continuidad, una vez establecido los puntos generales del juicio se da pie a los alegatos de apertura.

¿En qué consisten los alegatos de apertura?, ¿qué finalidad tienen?, los alegatos de apertura se establecen en un momento procesal del juicio en el que a las partes se les da la pauta para que comiencen su participación comunicando sus ideas respecto de su teoría del caso, esto es el cómo manifiesta cada una de las partes al Tribunal cómo según su dicho pasaron los hechos, al hablar de su teoría del caso se establece las pruebas que se utilizarán para comprobar sus dichos, esta deberá de ser narrada bajo un orden cronológico, dar los datos de prueba que fueron obtenidos durante las etapas anteriores y que se encuentran en la carpeta de investigación, además de realizar una hipótesis de lo que sucedió sobre los hechos por los que se realiza el juicio, además de las pruebas que consideran que no están fundadas por la contra parte.

Los alegatos de apertura tendrán que ser expuestos de una manera ágil, sencilla y concreta, para que así pueda cumplir con su finalidad en este caso dar a conocer los hechos de una manera sintetizada a el Tribunal y que él sepa que esperar de cada una de las partes.

El juez al aperturar el juicio y con base en lo que ya se estableció anteriormente, dará la palabra al Ministerio Público y al coadyuvante para que expongan su acusación. Posteriormente se le dará la palabra al defensor quien

establecerá las bases de su defensa, lo cual cada uno de ellos deberá de realizar de una manera concreta y oral.

Cuando cada parte tuvo su oportunidad de establecer sus alegatos de apertura el juez identificará al imputado haciéndole conocedor de sus derechos y dándole la oportunidad de declarar o no, sin que su decisión afecte a el juicio en su contra, siguiendo así las diligencias establecidas en el proceso.

Rendida o no la declaración del imputado, se recibirán las pruebas que ya se habían calificado y aceptado en la apertura a juicio oral, según el CNPP en el Art. 395 establece que “Cada parte determinará el orden en que desahogará sus medios de prueba. Corresponde recibir primero los medios de prueba admitidos al Ministerio Público, posteriormente los de la víctima u ofendido del delito y finalmente los de la defensa.”

Por lo que respecta a las pruebas no se abundará demasiado en el presente trabajo pero si las bases para establecer la importancia de las mismas. La prueba tiene por objeto el esclarecimiento de los hechos que fueron calificados como punibles.

La prueba se define por Ángel Martínez Pineda como: el “examen y exactitud, argumento y demostración, operación mental que confirma y justifica, razonamiento que funda la verdad de una proposición que exige la evidencia que el teorema reclama y necesita (...). Es esencialmente indestructible, porque se funda en premisas que dan firmeza y solidez al silogismo, al manejarse con maestría el argumento y disparar certeramente las baterías de la fuerza dialéctica”.⁵⁴

Con fundamento en lo anterior se establece la importancia de la prueba además de que es necesario establecer los lineamientos básicos para que sean

⁵⁴ MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, Filosofía jurídica de la prueba, Porrúa, México, 1995, p. 5

desahogadas correctamente por lo que el CNPP fundamenta en el Art. 356. La libertad probatoria que se da cuando los hechos y circunstancias, podrán ser probados por cualquier medio pertinente.

La libertad de la prueba es amplia, pero debe cumplir con ciertos requisitos de legalidad tanto en la forma de obtención, como en la licitud de cómo fue incorporada al proceso, y debe cumplir también requisitos de idoneidad, pertinencia y utilidad, el reconocimiento de las reglas obligatorias y las prohibiciones de la prueba.

La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá desahogarse durante la audiencia de debate de juicio, por lo que el Tribunal de enjuiciamiento deberá de vigilar que todas las pruebas desahogadas se argumenten y motiven adecuadamente, incluso de aquellas que se hayan desestimado, indicando las razones que se tuvieron para hacerlo. El juez debe lograr un razonamiento adecuado para alcanzar las conclusiones deseadas en la resolución jurisdiccional. El Art. 359 del CNPP, también contempla que se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable. En caso de duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento absolverá al imputado.

Al ser desahogadas las pruebas el Ministerio Público si lo cree necesario podrá realizar una nueva calificación jurídica ya que en el Art. 398 del CNPP establece que tiene la facultad para reclasificar el delito invocado en la acusación, durante los alegatos de apertura como en los de clausura. Si este fuera el caso el juez deberá de dar oportunidad al defensor y al imputado para manifestar lo que a su derecho corresponda ya agotada esta diligencia se le da oportunidad a las partes de manifestar sus alegatos de clausura y así llegar al cierre del debate

Los alegatos de clausura o finales son emitidos por las partes teniendo como finalidad el de establecer los hechos que fueron objeto del debate, los

lineamientos jurídicos establecidos, las pruebas que se desahogaron, las partes tendrán su derecho a la réplica y a la duplica, donde podrán refutar los alegatos que no hubieran sido objeto de los alegatos. Al final de ejercer estos derechos el juez declarará cerrado el debate.

Al declararse el cierre del debate inmediatamente el juez ordena un receso con la finalidad de deliberar en forma privada, continua y aislada, hasta que logren emitir el fallo sobre la decisión de absolución o condena, teniendo que expresar el fallo verbalmente a las partes de manera pública en la sala de audiencia, de forma clara y circunstancial de modo, tiempo y lugar, por lo que el juez deberá lograr una amplia motivación donde su razonamiento será sobre los hechos constitutivos del delito y los indicios expuestos sean ajustados a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia y a la sana crítica.

La sentencia puede ser absolutoria en la cual se determinara la causa de la exclusión del delito, se podrá tomar como referencia las causas de atipicidad, de justificación o inculpabilidad, al no ser absolutoria será condenatoria la que tendrá que fijar las penas, medidas de seguridad o la privación de la libertad, se dispondrán de los objetos que serán decomisados cuando fuere procedente, se condenara a la reparación del daño, la sentencia contendrá los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal correspondiente, si el delito fue consumado o fue en grado de tentativa, la intervención del sujeto activo como autor o coautor y si la conducta fue dolosa o culposa.

Según el CNPP el Art. 403. Los requisitos de la sentencia serán

La sentencia contendrá:

- I. La mención del Tribunal de enjuiciamiento y el nombre del Juez o los Jueces que lo integran;
- II. La fecha en que se dicta;
- III. Identificación del acusado y la víctima u ofendido;

- IV.** La enunciación de los hechos y de las circunstancias o elementos que hayan sido objeto de la acusación y, en su caso, los daños y perjuicios reclamados, la pretensión reparatoria y las defensas del imputado;
- V.** Una breve y sucinta descripción del contenido de la prueba;
- VI.** La valoración de los medios de prueba que fundamenten las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de enjuiciamiento;
- VII.** Las razones que sirvieran para fundar la resolución;
- VIII.** La determinación y exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se consideren probados y de la valoración de las pruebas que fundamenten dichas conclusiones;
- IX.** Los resolutivos de absolución o condena en los que, en su caso, el Tribunal de enjuiciamiento se pronuncie sobre la reparación del daño y fije el monto de las indemnizaciones correspondientes, y
- X.** La firma del Juez o de los integrantes del Tribunal de enjuiciamiento.

Si la sanción no es recurrida oportunamente, la resolución quedara firme y podrá ser ejecutable, por lo cual el Tribunal de enjuiciamiento tiene tres días después de que la sentencia quedase firme, para remitir al juez executor así como a las autoridades penitenciarias si se requiriera que se diera cumplimiento al mandato de privación de la libertad como sentencia condenatoria.

CAPÍTULO TERCERO

LA PRISION PREVENTIVA EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MEXICO

Hemos analizado de manera concreta un poco de los antecedentes constitucionales y el camino tomado para nuestro estado de Derecho, así como también hemos llevado a cabo un resumen del desarrollo de nuestro sistema penal acusatorio lo que nos permite enfatizar el punto mediático del presente proyecto.

¿QUE ES LA PRISION PREVENTIVA?

La prisión preventiva, también conocida en algunos países como prisión sin condena, en palabras de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos consiste en “todo periodo de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y anterior a una sentencia firme. Su fin es la consecución de un buen juicio, esto mediante la probada y justificada como necesaria reclusión del inculpado, de manera que no pueda afectar las investigaciones en torno al delito que se le imputa, o no pueda evadir la aplicación de la justicia”⁵⁵

De lo anterior se desprende que esta figura procesal tiene como función privar de la libertad al presunto responsable de un hecho por la comisión de un delito en tanto se lleva a cabo la investigación del mismo, siempre y cuando la autoridad ordenadora, en este caso, el Ministerio Público, haya otorgado su consentimiento para tal efecto, así como también se hayan cumplido con los requisitos de forma exigidos por la Ley Adjetiva, en este caso, los contenidos en el Código Nacional de Procedimientos Penales. Es una medida que varios juristas consideran que debe ser aplicada como “ultima ratio” es decir, en casos excepcionales cuando no exista alguna otra manera de garantizar el debido proceso.

PRISIÓN PREVENTIVA EN MÉXICO

En nuestro país, con las nuevas reformas al Sistema Penal Acusatorio, la Prisión Preventiva está regulada como una medida cautelar aludida en el párrafo segundo del artículo diecinueve de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que a la letra dice *“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*

⁵⁵ Miguel Carbonell. (2014). Prisión Preventiva. 2014, de Miguel Carbonell Sitio web: http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Prisi_n_Preventiva.shtml

previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”⁵⁶

La función de esta medida cautelar, al igual que en países vecinos como Perú, ha causado gran controversia entre los juristas y los operadores de Derecho ya que repercuten en los derechos fundamentales del individuo y la violación, paradójicamente, al Principio de Presunción de Inocencia que igualmente fue instaurado como pilar de nuestro nuevo Sistema de Justicia. Encontramos entonces una disyuntiva notable ya que como lo menciono, esta debe ser aplicada como excepción o ultima ratio, ya que es una de las medidas más severas durante la investigación del proceso penal y sin embargo las estadísticas nos indican que es duramente una de las más aplicadas en todo el país de manera excesiva, Pudiendo pensar en los varios factores que pueden llevar a esto, es tal vez la adopción tan lenta que ha tenido nuestro Nuevo Sistema Penal Acusatorio ya que se dio de manera progresiva y en muchos Estados tardaron más del tiempo contemplado en la ley para su adopción. Otro motivo para ello pudieran ser la manera en que los Operadores de Derecho aplican sus criterios para determinar que medias son las más convenientes para el procesado según las circunstancias.

De cualquier manera, nuestro país actualmente presenta un aproximado de 40% de procesados que han sido privados de su libertad sin que exista una sentencia de por medio lo que nos lleva a preguntarnos qué tan eficaz ha resultado el nuevo sistema de Justicia ya que como país no podemos hablar una mejor justicia en el país cuando existen tantos presuntos inocentes sin condena y que como consecuencia ha llevado a una sobrepoblación en las cárceles de

⁵⁶ Miguel Carbonell. (2016). Artículo 19 Párrafo Segundo. En Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos(2). Mexico: Porrua.

aproximadamente un 270%. Esto es una situación bastante preocupante y precaria ya que evidencia que no solo se violentan paulatinamente los derechos fundamentales del procesado sino también implica diversas violaciones al debido proceso y que en consecuencia refleja lo lejos que estamos de conseguir los objetivos trazados que se busca en el Nuevo Sistema de Justicia Penal en México

Es entonces que no podemos hablar de una correcta aplicabilidad del Sistema Penal Acusatorio ya que 6 de cada 10 delitos se impone como medida la prisión preventiva.

La autora Mara González Pérez⁵⁷ en su artículo “La Prisión Preventiva en el Nuevo Código de Procedimientos Penales” enumera distintas clases de medidas que pudieran ser menos excesivas que la prisión preventiva, entre las que se encuentran:

- Presentarse ante el Juez periódicamente
- Garantías Económicas
- Permanecer en el país
- Portación de Localizador Electrónico

Este tipo de medidas ya son adoptadas por otros países, como Estados Unidos, y ha favorecido por cuanto respecta al proceso que llevan los imputados en los delitos en aquel país disminuyendo en gran porcentaje el índice de prisioneros sin condena.

Podemos preguntarnos entonces, si esta medida ocasiona violaciones a los Derechos Fundamentales, como es que su regulación afecta al Principio de

⁵⁷ Mara Gomez Perez. (2015). La Prision Preventiva en el Nuevo Código de Procedimientos Penales. 2015, Instituto de Investigaciones Jurídicas Sitio web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4032/22.pdf>

Presunción de Inocencia? Pues bien, en nuestro Código Nacional de Procedimientos Penales está contemplado de manera loable que la Prisión Preventiva será aplicada como ya lo venía diciendo, como excepcional y contempla igualmente la base sobre la que se regirá el Principio de Presunción de Inocencia. Tenemos entonces, que la Prisión Preventiva tiene que tener un tiempo indispensable de máximo un año, y que para ello el Juez deberá de justificar las causas por las cuales se aplicó dicha medida como la más adecuada y menos lesiva para el procesado, así como también aplicar el principio de mínima intervención, análisis de los riesgos y analizar estrechamente la medida impuesta para que en su momento pudiera ser modificada, entre otras.

Basados en el contexto anterior, podemos afirmar que la aplicación de esta medida depende en parte de la conducta ejercida por los Operadores de Derecho, ya que La Ley es clara al especificar las normas bajo las que se debe regir dicha medida. No obstante, las nuevas reformas en nuestro país respecto de este tema transgreden los estándares de derechos humanos, en pocas palabras, por que no estamos listos aun para un nuevo sistema de Justicia. Tanto como abogados, juristas y los distintos estudiosos del Derecho estamos acostumbrados a la manera bajo la cual nos regíamos con al anterior sistema inquisitorio; a pesar de ya tener formalmente cerca de cinc años bajo este nuevo sistema seguimos teniendo la creencia de que la prisión preventiva es la única manera de que una persona sujeta a proceso no se extraiga de la acción de la justicia, además de que debido a la presión social que existe actualmente para la búsqueda de justicia pronta y expedita obliga a las autoridades a buscar una solución rápida y tal vez en su opinión poco controversial, es decir, dar cárcel a cualquier sospechoso.

Nuestra legislación hoy en día en materia penal es plausible por que trajo consigo un cambio verdaderamente radical en todos los aspectos, más sin embargo, considero, que la manera en como se ha establecido a la Prisión Preventiva y su aplicabilidad tan frecuente, puedo afirma que se trata de una salida, simple, rápida

y menos costosa que en lugar de dar a conocer un mejoramiento de seguridad y Justicia en nuestro país sigue dejando de que hablar

II. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Derivado del tema inmediato, tenemos de la mano la principal afectación del uso de la Prisión Preventiva como medida cautelar de manera excesiva.

La presunción de inocencia es un derecho que ha ido evolucionando junto con la ciencia jurídica; desde tiempos remotos se hablaba de ella en la antigua Roma. El jurista Ulpiano sostenía que “nadie debe ser condenado por sospechas, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente; posteriormente, el marqués de Beccaria en su famosa obra *Tratado de los delitos y las penas* advertía que: ningún hombre puede ser llamado culpable antes de la sentencia del juez...”. Como podemos notar, ambos pensadores, , ya anunciaban la necesidad de reconocer la presunción de inocencia para evitar arbitrariedades o tratos injusto sobre la persona de quien se seguía un proceso jurisdiccional, sin embargo, debido a la época y a las características tanto sociales como de infraestructura de las instituciones que impartían justicia era demasiado complicado que este principio pudiera ser plasmado en una norma o ejecutado por las autoridades, incluso aceptado por la sociedad.

Fue hasta 1789 cuando estas ideas fueron recogidas y plasmadas en un documento de gran envergadura: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que reconoce la presunción de inocencia en su artículo 9, el cual señala que: “toda persona, siendo presumida inocente hasta que sea declarada culpable...”, con esto la presunción de inocencia logra afianzarse en el ámbito jurídico y no sólo como una idea o el pensamiento visionario de un jurista, sino como una norma aplicable y de observancia general dentro de un sistema jurídico.

En nuestro país la presunción de inocencia tiene su antecedente más antiguo en la Constitución de Apatzingán de 1814 que establecía en su artículo 30 lo siguiente: “todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado”; este reconocimiento constituye un gran avance en materia de justicia dentro del contexto social que se vivía en aquella época. Desafortunadamente esta Constitución no tuvo vigencia en nuestro territorio, pero el hecho de consagrar este principio denota el interés de sus creadores en dotar de este elemento tan importante al sistema jurídico de nuestro país; no obstante, las posteriores Constituciones, incluida la de 1917, no tomaron en cuenta este derecho fundamental reconocido de manera textual por el constituyente de Apatzingán.

En relación con este tema, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2002, a efecto de actualizar nuestro ordenamiento jurídico, estableció que la Constitución de 1917 reconoce el principio de presunción de inocencia de manera implícita cuando se hace una interpretación armónica y sistemática de los preceptos constitucionales 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, encontrándose resguardado en el debido proceso, el principio acusatorio y la defensa adecuada. Reivindicando este derecho en nuestro sistema jurídico y dotando a los imputados de esta protección en contra de las arbitrariedades de la autoridad. A esta resolución le siguieron otras resoluciones que buscaron proteger el derecho a la presunción de inocencia, lo cual derivó posteriormente en un cambio estructural del sistema de impartición de justicia mexicano donde se reconoció en nuestra Constitución de manera textual este derecho fundamental.

En junio de 2008 se llevó a cabo la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública, modificando la manera en que se venía impartiendo justicia en materia penal en nuestro país; se pasó de un sistema inquisitivo, caracterizado por un proceso obscuro y sigiloso donde la principal prioridad era acreditar la responsabilidad del imputado sobre un hecho delictivo, a un sistema

acusatorio en el cual la finalidad es 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, garantizando en todo momento la integridad de la víctima y el imputado.

La adopción del sistema acusatorio trajo consigo la integración de diversas características, como el carácter acusatorio y oral que se le otorga al proceso penal, así como las directrices por medio de las cuales debe de conducirse este procedimiento, plasmadas en los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, y la presunción de inocencia como un elemento esencial que constituye la piedra angular de este nuevo sistema, reconocida de manera textual en nuestra Constitución en el artículo 20, apartado B, referente a los derechos de toda persona imputada, el cual en la fracción I señala lo siguiente: “a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de causa”

En el mismo sentido, el Código Nacional de Procedimientos Penales, en el artículo 13 denominado principio de presunción de inocencia, señala que “toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el órgano jurisdiccional...”. Con ello se logra reconocer finalmente el derecho a la presunción de inocencia en todas las etapas del procedimiento y fuera de éste hasta en tanto no se emita una sentencia que declare la culpabilidad del imputado, situación que no ocurría años atrás cuando el sistema inquisitivo que imperaba en nuestro país obligaba a los imputados a acreditar su inocencia dentro de un procedimiento judicial diseñado para encontrar culpables fueran o no responsables del hecho delictivo.

Lo anterior cobró aún más fuerza en junio de 2011 con la reforma en materia de derechos humanos, con la integración de figuras como el control de convencionalidad ex officio, control directo de la constitucionalidad y el principio

pro persona. Esto generó un efecto positivo en materia de justicia ya que se obliga a los jueces a hacer uso de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y realizar una interpretación de la norma conforme al principio pro persona. Dotando con ello de amplias facultades y de diversos instrumentos para lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales, incluida la presunción de inocencia.

El tema de la reforma en materia de derechos humanos cobra relevancia si recordamos que México se encuentra obligado a respetar el derecho a la presunción de inocencia y a crear los mecanismos necesarios para garantizar su protección. Es así que a través de instrumentos internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.2); la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 26), y la Declaración Universal sobre Derechos Humanos (artículo 11), nuestro país reconoce la jerarquía y la importancia que tiene la presunción de inocencia como un derecho fundamental de todos los seres humanos, así como la necesidad de protegerlo, garantizar su observancia y cumplimiento por parte de todas las autoridades, dentro y fuera del procedimiento jurisdiccional.

Al instaurar la presunción de inocencia como un derecho fundamental dentro de nuestro sistema jurídico se generaron diversos efectos en materia procesal y extra procesal, ya que la presunción de inocencia se debe de observar desde el momento en que la autoridad tiene conocimiento del delito e inicia la investigación hasta que en que el juez emite la sentencia definitiva, no se limita únicamente a ser observada por la autoridad jurisdiccional sino que debe ser de observancia general (policía, medios de comunicación, Ministerio Público, autoridades administrativas, etcétera). Nuestro máximo tribunal ha señalado que la presunción de inocencia tiene diversas vertientes y se debe de entender como regla de trato procesal; regla probatoria y regla de trato en su vertiente extra procesal, incluso en

la contradicción de tesis 200/2013 la Suprema Corte de Justicia de la Nación le reconoce el carácter de derecho fundamental de toda persona.

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

En este sentido, podemos observar que el derecho a la presunción de inocencia no es un tema nuevo ni exclusivo de nuestro país, sino que es un derecho fundamental que ha venido evolucionando desde muchos años atrás y que poco a poco se ha ido integrando a los tratados internacionales y a las Constituciones de diversos países; sin embargo, aún falta mucho camino por recorrer, ya que no es suficiente que un derecho de esta importancia se encuentre reconocido por la norma, sino que es necesario que tenga una observancia efectiva y que el Estado genere los mecanismos y las condiciones que garanticen el respeto de este derecho.

Derivado de este reconocimiento surge la necesidad de realizar diversos cambios y adecuaciones que faciliten la implementación de este derecho y que garanticen su cumplimiento; muchas de estas acciones deben estar a cargo del Estado mexicano y otras tantas a cargo de las personas que funge como operadores del sistema, incluso de nosotros como miembros de la sociedad. Por ello, es indispensable que además de las adecuaciones constitucionales, de la modificación de la infraestructura institucional y de la creación de los códigos correspondientes que regulen estos temas, se debe de realizar una capacitación a los operadores del sistema y un cambio de mentalidad a efecto de que se tenga

una conciencia de la importancia del papel que desempeñan y lo valiosa que es su cooperación para que este nuevo sistema y su piedra angular subsistan a los embates de la dinámica del sistema, ya que si no se toman las medidas necesarias, este derecho fundamental correrá la suerte que muchos otros han tenido en nuestro país, donde por más que se encuentren consagrados en la norma se convierten en letra muerta, en gran medida, a causa del sistema corrupto.

Siguiendo este orden de ideas y a colación de la participación de que debe tener el Estado mexicano para garantizar el cumplimiento y la subsistencia de la presunción de inocencia, es importante señalar dos temas al respecto: la figura del arraigo y las prisión preventiva, las cuales desde la óptica del tema que nos ocupa son incompatibles con la presunción de inocencia.

Dentro de las modificaciones a nuestra Constitución con la reforma de 2008 se aprovechó para integrar el arraigo en el artículo 16, párrafo octavo, de nuestra carta magna, acto que arteramente realizó el Congreso de la Unión con la única finalidad de evitar que los afectados por esta medida interpusieran juicios de amparo, ya que anteriormente era el instrumento por excelencia para protegerse en contra de dicha medida. Se realizó esta acción legislativa con la premisa de que se le otorgaría al Ministerio Público un instrumento jurídico para extender el periodo de tiempo de la investigación, sin importar las consecuencias que esto conlleva; posteriormente, bajo esta misma línea de razonamiento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el Amparo directo en revisión 1250/2012, declaró en abril de 2015 que la figura del arraigo es constitucional, dejando en segundo término derechos fundamentales como la libertad de tránsito, la presunción de inocencia y la seguridad jurídica, y a su vez otorgó con ello instrumentos idóneos a las autoridades para perpetuar los derechos fundamentales previamente reconocidos en nuestra Constitución.

El arraigo es una medida desproporcionada e injustificada que en aras de suplir la ineficiencia del Ministerio Público para realizar sus investigaciones, y como respuesta a la oleada de delincuencia organizada que azota a nuestro país, sacrifica diversos derechos fundamentales como la libertad, la seguridad jurídica, el debido proceso y el derecho a la presunción de inocencia, por mencionar algunos, únicamente para facilitar el trabajo de la autoridad, siendo inconcebible que a pesar de no tener los elementos suficientes ni la convicción de que el arraigado ha cometido un delito, éste sea privado de su libertad, ya que si se contara con los elementos antes mencionados no sería necesario hacer uso del arraigo y se procedería de forma ordinaria a iniciar el procedimiento en contra de éste. Al respecto de este tema se hace la justificación que solamente puede ser aplicado en delitos graves (lo cual no da ninguna garantía debido a los malos manejos y corruptelas a las que nos tienen acostumbrados la autoridades), lo que únicamente provoca que el nuevo sistema acusatorio se convierta en un instrumento de justicia selectiva y del ya conocido derecho penal del enemigo para quienes el Estado señale como “delincuentes peligrosos”, lo cual históricamente no ha traído más que abusos por parte de las autoridades.

Siguiendo con este orden de ideas nos encontramos con la prisión preventiva prevista en el artículo 18 de nuestra Constitución; esta figura se ha constituido dentro de nuestro ordenamiento jurídico como una regla y no como una excepción cuando se instaura un procedimiento penal y, de la misma forma que el arraigo, constituye una violación flagrante a la presunción de inocencia al aplicarse como una pena anticipada sobre el imputado sin que medie una resolución definitiva que declare culpable al imputado y además acreedor de una pena tan drástica como lo es la privación de la libertad. Es por lo anterior que se requiere de la voluntad y conciencia de los operadores del sistema para que las medidas que vulneran flagrantemente la presunción de inocencia no sean tomadas tan a la ligera y se apliquen como una excepción en casos extraordinarios y no como una regla.

De lo antes señalado, en relación con la figura del arraigo y la prisión preventiva, nos podemos dar cuenta que aún falta bastante trabajo por hacer para pulir el

sistema acusatorio penal; por lo tanto, es necesario que nuestros legisladores y la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustituyan sus criterios politizados por criterios acordes al nuevo sistema acusatorio, dirigidos a garantizar la protección de los derechos fundamentales; de lo contrario, nuestro sistema de justicia continuará atascado en problemas que en otras partes del mundo ya fueron superados y seguiremos retrocediendo dos pasos por cada paso que se avanza.

Finalmente, es importante decir que si bien es cierto que han sido cambios importantes los realizados con la reforma penal de 2008 y la reforma en materia de derechos humanos de 2011, para mejorar nuestro sistema jurídico y crear las condiciones para garantizar el cumplimiento y la protección de los derechos fundamentales reconocidos en nuestro país, también lo es que se requiere de voluntad política por parte de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), en específico de estructuras como la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Congreso de la Unión, para que estos cambios perduren y evolucionen de una manera progresiva, porque en caso de no hacerlo se continuarán gestando los criterios y las leyes que tanto daño le hacen al desarrollo del país.

Por ello, considero que las medidas iniciales para garantizar la eficacia y la protección de la presunción de inocencia deben estar dirigidas a implementar capacitaciones intensivas a los operadores del sistema y a cualquier persona que intervenga dentro y fuera del proceso jurisdiccional. De acuerdo con sus características y funciones son tres los entes que requieren de mayor capacitación: 1) Los cuerpos policiacos requieren de una instrucción especial sobre el tema de presunción de inocencia y el nuevo sistema acusatorio, con la finalidad de que apliquen estos conocimientos al momento de interactuar con los detenidos; 2) los agentes del Ministerio Público requieren de verdaderos instrumentos que les permitan realizar de manera eficiente sus labores, por medio de una capacitación en técnicas de investigación y persecución de los delitos, desarrollo de habilidades para el manejo de evidencia y de testigos, así como un método y plan de trabajo que les permita reunir los elementos necesarios para

determinar si ejerce o no la acción penal sobre una persona en el tiempo que la ley le otorga y no sea necesario hacer uso de figuras como el arraigo, y 4) uno de los más importantes es el personal, que intervienen en todas las etapas del procedimiento judicial, quien requiere de cursos intensivos que le permitan conocer los alcances del nuevo sistema y la importancia de respetar los principios que emanan de éste, con la finalidad de que valoren objetiva e imparcialmente todos los elementos que les proporcionen las partes y emitan sentencias apegadas a los principios y los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución; de esta manera se comenzaría a dar un paso importante en la implementación eficaz del nuevo sistema penal acusatorio y se estaría garantizando la protección de un derecho fundamental a la presunción de inocencia.

CAPITULO CUARTO

EL CONFLICTO ENTRE LA PRISION PREVENTIVA, PRESUNCION DE INOCENCIA Y SU AFECTACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

1. PRISION PREVENTIVA Y LIBERTAD PERSONAL.

En capítulos anteriores se ha definido y tratado la prisión preventiva como medida cautelar, y adoptando lo descrito anteriormente podemos concluir que es una forma de sujetar provisionalmente a aquella persona que se considere sea probable responsable de un delito lo que esta contemplado por el Artículo 19 Constitucional.

Esta medida cautelar ha tenido que discutirse y valorarse en diversas ocasiones a lo largo del mundo y en diferentes épocas, dando como resultado en distintos estudios que un gran porcentaje de las personas privadas de su libertad, no han sido consignadas y han sido reclusas para esperar transcurra el proceso en su contra y se les dicte sentencia, esto nos lleva al estudio y análisis de si esta medida cautelar no está en contra de la presunción de inocencia amparado como un derecho humano y protegido por las leyes mexicanas, tratados internacionales en los cuales México es parte y por el nuevo sistema penal acusatorio.

Así mismo se evaluara la crisis penitenciaria que existe en nuestro país y los alcances que esto conlleva como la prisión como sanción y por tanto la población penitenciaria así como las condiciones en las que se encuentran reclusas.

Lo anterior ha provocado que hasta el momento los estudiosos del derecho analicen los pros y contras de esta medida cautelar, lo que en realidad da vida a este trabajo de investigación, tratando de lograr una conclusión sobre la adecuada o inadecuada aplicación de la prisión preventiva.

Así bien la prisión preventiva podrá ser solicitada en dos situaciones diversas; la primera por el Juzgador naciendo así nuestra principal propuesta manifestando que el Juez no pueda aplicar de oficio la prisión preventiva, tal y

como se pondera en el artículo 19 en su párrafo segundo de la Constitución Mexicana que a la letra dice, “El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”⁵⁸ ya que esto podría suponer una grave violación al principio de presunción de inocencia, que si bien es cierto este precepto se encuentra contemplado en la Constitución Mexicana e integrado en el nuevo sistema penal acusatorio desde la reforma del 2008, no deja de ir en contra del mencionado principio, así como esta establecido en el artículo 18 Constitucional “Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva...” en donde se privilegia el derecho a la libertad de las personas que cometen un delito.

Aunque en México se privilegia el derecho a la libertad de las personas, también están establecidas las limitantes por la misma Constitución en la aplicación de las medidas cautelares, como lo son las citadas anteriormente en el Artículo 19 Constitucional y en el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, protegiendo en estos artículos los derechos de la víctima u ofendido y por tanto el bienestar social, siendo así la forma de aplicarse la prisión preventiva, aunque la doctrina manifiesta que en ningún caso se debe privilegiar esta medida si no son aplicadas en mayor medida las restantes que establece el Código Nacional de Procedimientos Penales, ya que en la realidad de la justicia penal en México esto no es así, muy al contrario no se ha logrado que el Estado y el sistema de justicia, puedan aplicar el procedimiento de una manera en que el imputado lleve su proceso en libertad, pero con la seguridad de presentarse ante la justicia y así mismo lograr la protección social en general.

Atendiendo el segundo supuesto por el que se puede solicitar la prisión preventiva se da por parte del Ministerio Público teniendo la obligación de justificar ante el juez que las demás medidas cautelares no son suficientes para garantizar

⁵⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Artículo 9°*.

la comparecencia del imputado en el juicio, la protección de la víctima, se de el desarrollo de la investigación, la protección de los testigos o de la comunidad, cuando el imputado este siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Es oportuno mencionar que la pena (la sanción) es una institución fundamental y le da nombre al Sistema Penal. En el ámbito de competencia penal, los derechos de las víctimas deben ser salvaguardados y la libertad y la tranquilidad de las personas acusadas está en juego. Por ello, en un Estado de derecho el Sistema Penal es un delicado sistema de pesos y contrapesos. El Derecho Público es cuidadoso en regular la forma en que se define lo que es delito y la sanción que les corresponde, la forma en la que se imponen las sanciones y las condiciones en que debe darse la ejecución de las mismas.⁵⁹

Si atendemos a los conceptos anteriores sobre el proceso penal y la pena como sanción, precisamente en este punto es claro que la prisión preventiva en ningún caso debo de llegar a encuadrar en este aspecto por lo tanto es de utilidad plantear otro enfoque.

Ese enfoque lo justifica cuando se habla de que la prisión preventiva no es que se adelante la pena si no evitar que las personas imputadas puedan sustraerse de la acción de la justicia o puedan realizar actos o hechos que presuman un riesgo a la sociedad.

Ahora bien, la contra parte de la justificación de esta medida cautelar la podemos encontrar en una de las jurisprudencias realizadas por la Corte Interamericana sobre la prisión preventiva, en donde contempla puntos importantes de la problemática que se suscita en la justicia penal en América.

⁵⁹ ZEPEDA LECOONA GUILLERMO, *Situación y desafíos del Sistema Penitenciario en México*, México Evalúa, Centro de análisis de Políticas Públicas.

Si bien la prisión preventiva, como tal, no está prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hay dos normas que indirectamente la regulan, el artículo 7.3 de la Convención que establece que “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”, y el artículo 8.2 que dispone que “Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

De estas dos normas convencionales que emanan de la Corte Interamericana ha derivado una rica jurisprudencia en torno a la prisión preventiva, de la cual se extrae, al menos, cinco reglas o principios fundamentales:

- 1) La prisión preventiva constituye una medida excepcional;
- 2) La prisión preventiva debe ser proporcional;
- 3) La prisión preventiva debe ser necesaria;
- 4) La prisión preventiva no puede estar determinada por el tipo de delito, y
- 5) La prisión preventiva no puede estar determinada por la gravedad del delito.⁶⁰

Es oportuno establecer en qué consisten los cinco principios establecidos por la Corte Interamericana y de dónde deriva cada uno de ellos para poder entender los límites que se establecen sobre la medida cautelar de prisión preventiva, por lo que analizaremos profundamente cada uno de ellos.

- 1) La prisión preventiva constituye una medida excepcional.

En el primer principio se establece como palabra clave la excepcionalidad, y se aplica cuando se dice que la prisión preventiva es una medida *excepcional* y

⁶⁰ Contradicción de Tesis 293/2011, suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (proyecto elaborado bajo la ponencia del señor ministro Arturo Zaldívar Lelo de la Rea), resuelta en sesión de Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebra el martes 3 de septiembre de 2013.

así como su nombre lo dice nos indica que no debe de ser aplicada en todos los casos, a juicio de la Corte debe de ser una medida inusual.

En el 2004, la Corte Interamericana, dijo por primera vez, que la prisión preventiva era una medida que debía aplicarse solo excepcionalmente... “La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual debe de tener un carácter excepcional”.⁶¹

Derivado de lo anterior, la Corte dijo, que “La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal”, por lo tanto, se visualiza lo severa que es la prisión preventiva al ser aplicada como medida cautelar y ya que impera la presunción de inocencia en el sistema interamericano, se establece claramente que la regla siempre será la libertad del imputado y no de su detención, la cual será la *excepción*.

Si hablamos de la presunción de inocencia podemos referir una política criminal protectora de derechos humanos, pues en ellos se establece que todo acusado de un delito es inocente en tanto no se le demuestre lo contrario, por tal motivo la carga de la prueba recae sobre el Ministerio Público siendo la parte acusadora en nuestro sistema penal.

El principio de presunción de inocencia va en contra de algunas medidas cautelares, en específico la prisión preventiva ya que esta irrumpe con el mismo así lo referencian grandes penalistas cuando mencionan que al aplicar esta medida se está tratando igual a los culpables que a los inocentes.

La prisión preventiva oficiosa implica que se prive de la libertad a él imputado sin que exista sentencia condenatoria y si bien es cierto que dentro del

⁶¹ Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 7 de septiembre de 2004, seri C, núm 114, párr. 106

proceso se tiene que contemplar el caso concreto en cada proceso y los tiempos que se prevén en la Constitución y el Código Nacional de Procedimientos Penales no le quita el que vaya en contra del principio anteriormente citado.

México al pretender optar por un sistema de corte acusatorio adecuadamente aplicado, no debería de existir esta figura, porque la parte acusadora es indicada para justificar la necesidad de tener recluso al imputado, solo si este cumple o recae en algún requisito establecido en los artículos 18,19 de la Constitución y el 167 Código Nacional de Procedimientos Penales, para imponerle la prisión preventiva y no el juzgador puesto que en este momento procesal no debería ser su competencia ejercerla de oficio.

Los tratados internacionales establecen como prioridad el principio de presunción de inocencia, el cual contempla que el derecho a la libertad debe ser protegido durante el tiempo que dure el proceso del imputado, y aunado a que el Estado debe proteger el orden público, se encuentra en el entendido de una excepción, donde el Estado debe valor la protección de los derechos humanos poniéndolos en primer lugar en cada decisión que tome en la aplicación del derecho en el caso en concreto sobre la medida cautelar de la prisión preventiva oficiosa, por lo que la misma ley le exige que compruebe de una manera adecuada por lo que se habla de un fundamento razonable, que la libertad del imputado perturba realmente el orden público o que se puede sustraer de la acción de la justicia penal.

En la actualidad y para el Estado mexicano, la presunción de inocencia constituye un derecho humano constitucionalizado, que lejos de ser de carácter teórico, representa un derecho insoslayable para todos, cuya extensión debe considerarse no sólo a la luz de la fracción I, inciso B, del artículo 20 constitucional o bajo lo establecido por el numeral 13 del Código Nacional de Procedimientos Penales, sino inserto bajo principios fundamentales de todo proceso penal conjuntamente con la defensa adecuada, debido proceso, pro persona, no

autoincriminación, non reformatio in peius, exacta aplicación de la ley penal y non bis in idem, también protegidos por nuestra máxima legislación.⁶²

Por todo lo anterior es que se justifica el primer principio de excepción, en donde se establece claramente que la regla siempre será la libertad a menos que la autoridad responsable justifique lo necesario para que al imputado se le pueda aplicar la prisión preventiva durante su proceso, teniendo cuidado de no exceder de este derecho o podremos caer en el supuesto que en párrafos anteriores se establece sobre la violación al principio de presunción de inocencia, por tanto concluyo en este principio que el Juzgador no debería aplicar la prisión preventiva oficiosa precisamente para no vulnerar los derechos de libertad y el principio mencionado.

2) La prisión preventiva debe ser proporcional.

La prisión preventiva, según Hobbes, no es una pena sino un, “acto hostil” contra el ciudadano, como “cualquier daño que se le obligue a padecer a un hombre al encadenarlo o al encerrarlo antes de que su causa haya sido oída, y que vaya más allá de lo que es necesario para asegurar su custodia, va contra la ley de naturaleza”.⁶³

La prisión preventiva tiene como limite principalmente el principio de proporcionalidad, porque una persona considerada inocente no debe ni debería recibir igual o peor trato de una persona condenada, esto va muy relacionado con lo anteriormente tratado en el principio de presunción de inocencia, pero tratándose del principio de proporcionalidad se establece que el Estado debe evitar la aplicación de medidas de coerción procesal puedan llegar a ser igual o mayores para el imputado que la pena que se pueda aplicar por el juzgador en el caso de que exista condena.

⁶² AGUILAR LÓPEZ Miguel Ángel, *Presunción de inocencia, derecho humano en el sistema penal acusatorio*, Instituto de la Judicatura Federal, México 2015, pág 115.

⁶³ Leviatán, cit., XXVIII, pp. 252 y 259.

Señala Vélez Osorio, que en el anhelo de introducir un sistema procesal a través del cual se fortalecieran las funciones de la fiscalía y se consiguiera de esta manera un resultado más eficiente en la lucha contra la criminalidad se llevó a que la reforma procesal, a pesar de los fundamentos garantistas, se convirtieran en un sistema en busca de eficientismo, por ello la restricción de la libertad siempre fue su objetivo.⁶⁴

Entonces si el sistema penal es garantista siempre tendrá que evaluar la concordancia entre los principios Procesales y los artículos que determinan una prisión preventiva, por lo tanto se concluye que existe una grave discordancia, siendo el caso de la adecuada aplicación del principio de proporcionalidad para determinar la prisión preventiva a efectos de que se evite lesionar los derechos fundamentales, de los actores en el proceso penal, lo anterior debe realizarse en forma de debate sobre si la prisión preventiva realiza la aplicación o valoración del principio de proporcionalidad al caso concreto, esto por las malas prácticas que a lo largo de la historia se ha visto desarrolla la fiscalía y el poder judicial.

Frente a la aplicación del test de proporcionalidad en la prisión preventiva, el Tribunal Constitucional no se ha referido hasta ahora, pero ligeramente dentro del análisis de la motivación de las decisiones judiciales hace referencia al principio de proporcionalidad, respecto a este principio solo ha referido en sentencias donde analizaba conflicto de normas y ordenanzas, más no un conflicto entre derechos y la aplicación medidas restrictivas de esos derechos. Indica que, “La motivación se erige en la piedra angular del fundamento procesal de la utilización de la prisión preventiva, porque sin ella es imposible analizar su racionalidad. Bajo ese argumento ligeramente el Tribunal Constitucional ha entendido que el auto que dispone o mantiene la prisión preventiva debe contener una motivación reforzada: [...] Tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe

⁶⁴ VÉLEZ OSORIO Luis Gonzaga, otra cara del sistema acusatorio colombiano: el menosprecio de la libertad y la consolidación del autoritarismo *penal*, Revistas Estudios de Derecho de la Universidad de Antioquia VOL. 67, NÚM. 149 (2010)

ser más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si es que el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva. [...] ⁶⁵

La Corte establece dentro del principio de proporcionalidad algunas reglas básicas que el juzgador y el ministerio público deben tomar en cuenta a la hora de justificar la solicitud de la prisión preventiva como medida cautelar para el imputado;

- 1) Que exista una relación entre la medida cautelar y el fin que se persigue con ella, para que no se establezca un sacrificio exagerado al imputado y así violentar su derecho a la libertad.
- 2) El Estado deberá evitar que la coerción procesar sea igual o mayor en gravedad que la pena que puede esperar el procesado en el caso de ser condenado.
- 3) No se debe autorizar la privación cautelar de la libertad en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión.
- 4) La prisión preventiva debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida.
- 5) Una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. ⁶⁶

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, estas son las reglas que debe respetar todo Estado sometido al sistema interamericano en materia de

⁶⁵ STC 03784-2008/HC, de 06 de enero (Caso Rodríguez Huamán)

⁶⁶ Sergio García Ramírez, Olga Islas de González Mariscal, Mercedes Peláez Ferrusca, coordinadores, *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos : influencia y repercusión en la justicia penal, La Jurisprudencia Interamericana Sobre Prisión Preventiva, I* México, D.F. : Universidad Nacional Autónoma de México : Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2014, pág 212,

prisión preventiva, bien sea al emitir una norma general, o bien, al someterse a proceso penal a una persona.⁶⁷

El principio de proporcionalidad implica el análisis de dos cuestiones previas: a) que los derechos fundamentales no son absolutos y b) que se encuentran en un plano de equilibrio.

El principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales.⁶⁸

El Tribunal explica que este principio está íntimamente vinculado al valor justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad, y que no sean arbitrarias.⁶⁹

3) La prisión preventiva debe de ser necesaria.

Al establecer si la prisión preventiva es necesaria, implica algunos requisitos tales como lo fueron en los anteriores principios, y estos son; que existan indicios que supongan la culpabilidad del imputado, que sea necesaria para asegurar que el imputado no impedirá el desarrollo de la investigación, y que sea indispensable para que el procesado no eluda la acción de la justicia, tal y como lo establece la Corte Interamericana, estableciendo lo siguiente.

...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

⁶⁷ Idem

⁶⁸ STC PLENO JURISDICCIONAL N° 0012-2006-PI/TC

⁶⁹ Caso Espinoza Soria. STC Exp. N° 01803-2004-AA/TC del 25 de agosto de 2004, f. j. 1

persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia.⁷⁰

Por lo anterior se evidencia que para poder determinarle al imputado la medida cautelar de prisión preventiva se requieren pruebas que refuercen el sistema probatorio, que demuestren una probabilidad muy alta de que el acusado o imputado sea responsable de la comisión del delito u hecho jurídico que se le atribuye.

El segundo requisito del que habla la Corte es que se requiere se observe un peligro de que el imputado obstaculice la investigación o el desarrollo del proceso, lo que se interpreta en que el acusado pueda causar algún daño mientras es procesado a la víctima, ofendido, la sociedad en general, o bien pueda manipular, destruir alguna prueba o querer afectar a los testigos o peritos, para que modifiquen su dicho durante el proceso, y si alguno de estos supuestos se observa aplicable al caso en concreto deberá ser justificado adecuadamente para que se establezca esta medida cautelar.

Por último y en tercer lugar es necesario que exista un peligro de fuga inminente del imputado, esto porque como consecuencia del proceso y la posible aplicación de la pena suponen la presencia del procesado, pero este requisito es el más complicado de probar pues debe existir un peligro eminente y real para evadir la justicia, pero la justificación de la medida debe de ser objetiva y dejar de lado las malas practicas de las autoridades las cuales están acostumbradas a solicitar esta medida por el simple hecho de falta de eficiencia, de control, o por negligencia de las mismas.

La Corte menciona que el Estado no puede, por ningún motivo, hacer recaer sus carencias, ineptitudes o deficiencias, sobre los imputados, por lo tanto

⁷⁰ Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs Chile, Fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm 135, párr..198.

el Estado Mexicano según las estadísticas que se reflejan en las investigaciones del INEGI, no se ha podido justificar la prisión de un 40 % de personas que esperan recibir una resolución, y en las cuales se refleja que este porcentaje de procesados son presuntamente inocentes, o bien tienen una gran probabilidad de dictarles la resolución de inocencia, y estas estadísticas se fundamentan en que se dice carecer de medios suficientes para asegurar que permanezcan en el su domicilio cercano al lugar del juicio y asegurar que acudirán al proceso, pues como ya se ha visto en capítulos anteriores, las demás medidas cautelares que existen perfectamente pueden asegurar que el imputado se obligue a asistir a la justicia, sin tener que acudir a la medida de prisión preventiva, aunado a que tenemos que recordar que esta medida es la excepción y no la regla, pues la regla es la libertad.

Adicionalmente, la Corte preciso en el Caso Palamara Iribarne que, “al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos...”⁷¹

Con lo anterior se puede justificar una vez más la problemática que se está estudiando, así mismo sustentamos y reafirmamos la propuesta de que el Juez no sea el que tenga que dictar la prisión preventiva, pero ahora con el principio de necesidad, el hecho de que la autoridad competente para solicitar la medida cautelar de la prisión preventiva, sea el Ministerio Público y no el Juzgador ya que el primero tiene la facultad de ejercer sus funciones y por lo tanto fundamentar y probar si se requiere esta medida y encuadra en los supuestos anteriormente mencionados, en cambio el Juez al otorgar de manera oficiosa esta medida deja de lado totalmente este principio y por lo tanto los requisitos que se establecen en él, violentando las garantías y derechos del imputado, así como los principios fundamentales de los que ya se ha tratado.

4) La prisión preventiva no puede estar determinada por el tipo de delito.

⁷¹ *Idem.*

Este es uno de los criterios más importantes que La Corte Interamericana, ha establecido desde el año de 1997 con el Caso Suárez Rosero vs Ecuador.

Al tratar el caso en Ecuador La Corte expresa que toda persona detenida o retenida, tendrá derecho a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, esto quiere decir que no se puede limitar el derecho a la libertad personal del que goza todo ser humano, solo “en virtud del delito imputado en su contra”, lo que a la vista en México si existiría un conflicto entre las resoluciones y jurisprudencias de la Corte con la Constitución pues es bien sabido y ya ha sido contemplado tanto en Capítulos anteriores como en los principios abordados, que el Artículo 19 de la Constitución contempla un catálogo de delitos que automáticamente ameritan prisión preventiva, haciendo visible la contradicción a la jurisprudencia Interamericana.

En este momento se vuelve a establecer la viabilidad de la propuesta del presente trabajo en el cual se pretende dejar sin efectos el hecho de que el juez tenga la obligación de imponer la prisión preventiva oficiosa, ayudándose del catálogo de delitos que estipula el artículo antes citado, puesto que este aunque esta contemplado en nuestra Constitución ya se justifico que va en contra de tratados internacionales, es justo decir que México es el único país que cuenta con este catalogo de delitos y más trascendente es el hecho de que estén estipulados en nuestra Carta Magna, toda vez que atentan contra distintos principios y derechos humanos.

Esta controversia se podría resolver con el simple hecho que la prisión preventiva fuera solicitada solamente por el Ministerio Público de manera justificada con los puntos que ya fueron contemplados con anterioridad, y no por el juzgador de oficio.

- 5) La prisión preventiva no puede estar determinada únicamente por la gravedad del delito.

Si bien es cierto que existen delitos graves contemplados tanto en la Constitución Mexicana en su artículo 19, como en el Código Penal y para efectos de la prisión preventiva en el Código Nacional de Procedimientos Penales, también es cierto que no todo acusado o el caso de nuestro procedimiento penal acusatorio, él imputado, por el simple hecho de que haya sido detenido y presentado a la justicia como probable responsable de la comisión de un hecho jurídico que en esta situación sería grave, quiere decir que realmente lo realizó y que va a ser condenado y sentenciado, por tal motivo si se aplica de manera oficiosa la prisión preventiva, se le estaría causando un daño irreparable, pues se violan derechos fundamentales como la libertad y seguridad jurídica, así mismo los principios de presunción de inocencia y los anteriormente manifestados en el presente trabajo de investigación.

Siendo de vital importancia que para aplicar esta medida cautelar sea el ministerio público el encargado de justificar que la gravedad del delito presuntamente cometido, también se justifican los requisitos que requiere el principio de necesidad, como lo son: 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.

Respecto a la prisión preventiva, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone esa medida no deberá ser la regla general para las personas que hayan de ser juzgadas (art. 9.3). En caso contrario, se cometería una injusticia al privar de la libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, contrario de los principios generales de los derechos universalmente reconocidos. La presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito atribuido, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa. La demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito

indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado.

Además, la falta de prueba plena de la responsabilidad en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de referencia, por ser un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme.

Por otro lado, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está a cargo de quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. El principio se vulnera si antes de que el imputado sea encontrado culpable una decisión judicial o incluso, extrajudicial, relacionada con él, refleja la opinión de que es culpable.⁷²

2. ESTADÍSTICAS Y AFECTACIONES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA QUE RECAEN EN EL ESTADO.

El sistema penitenciario durante años estuvo enfocado en la privación de la libertad como castigo y fue hasta fechas recientes que el mandato constitucional lo encaminó a la reinserción social. La evidencia muestra que elementos como la sobrepoblación penitenciaria y la reincidencia delictiva continúan siendo prevalentes en los centros penitenciarios del país.

La necesidad de generar información estadística resulta crucial para vincular el quehacer gubernamental a través de políticas públicas que resuelvan la problemática. En este sentido y con el objetivo de brindar información de calidad, veraz y oportuna, el INEGI ha desarrollado proyectos para recabar información sobre la gestión y desempeño de los centros penitenciarios de cada entidad federativa.⁷³

⁷² AGUILAR LÓPEZ Miguel Ángel, *Presunción de inocencia, derecho humano en el sistema penal acusatorio*, Instituto de la Judicatura Federal, México 2015, pág 47, 48.

Con la justificación que establece INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, nos podemos dar cuenta que el tema tiene una gran repercusión en la sociedad, pero también en su economía y política, así como esencialmente en el ámbito de Seguridad y Justicia, por tanto, se tratarán brevemente algunas estadísticas que son base para poder concluir el presente trabajo de investigación.

La Comisión Nacional de Seguridad menciona en una crítica al nuevo sistema penal acusatorio que 4 de cada 10 presos son personas que no han recibido una condena y este porcentaje ha sido una constante a lo largo de 16 años aproximadamente, de este número se puede retomar la gravedad del tema que se está estudiando, puesto que la prisión preventiva debería ser como ya ha sido mencionado en distintas ocasiones la excepción y no la norma y pareciera que en nuestro país se ha mal aplicado esta medida cautelar, pues claramente se refleja en los números que se verán a continuación.

Así mismo según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no se ha encontrado información alguna que demuestre que el uso de la medida cautelar de prisión preventiva contribuya a la disminución de los niveles de delincuencia o de violencia, muy por el contrario, si se realiza un trabajo comparativo de los países que no utilizan la prisión preventiva como medida cautelar nos daremos cuenta que su índices delictivos es superiormente bajo, podemos poner el ejemplo a países como Alemania el cual arroja estadísticas muy drásticas en lo que corresponde a su sistema penitenciario, ya que solo el 6% de sus delitos son sancionados con pena privativa de la libertad.

Ahora bien, a diferencia de esos países europeos en México podemos presentar estadísticas muy diversas como se muestra en el siguiente cuadro.

⁷³ INEGI, *EN NUMEROS*, Estadísticas sobre el sistema penitenciario en México,

Número de centros penitenciarios, por año según población reclusa y capacidad instalada 2010 a 2016

Cuadro 1

Año	Número de centros penitenciarios	Población reclusa	Capacidad instalada
2010	288	183 247	158 665
2011	286	208 172	163 929
2012	277	202 319	161 873
2013	268	213 682	164 866
2014	269	223 656	173 400
2015	272	217 595	169 227
2016	267	188 262	170 772

Fuente: INEGI. Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2011 a 2017.

74

Como se muestra en la imagen entre los años del 2010 al 2016 se disminuyeron los centros penitenciarios, pero creció gravemente la población y se observa que se sobrepasa por mucho el número de población reclusa ante la capacidad de personas que debería de haber y para el cual fueron hechos.

La sobrepoblación en las cárceles es un problema que se comparte en distintas latitudes. Para Elías Carranza, ésta acontece cuando “la densidad penitenciaria es mayor que 100, porque hay más personas presas que la capacidad establecida para una prisión o para la totalidad del sistema” Para medir la sobrepoblación, es necesario conocer la capacidad instalada de los establecimientos penitenciarios, es decir, los espacios destinados para albergar a la población reclusa (camas útiles), y posteriormente establecer la relación con el total de las personas privadas de la libertad⁷⁵.

1.1 Concentrado de la Población Penitenciaria

POBLACIÓN PENITENCIARIA					
Población Total	248,920		Hombres	236,589	95.05
			Mujeres	12,331	4.95
Población del Fuero Común	199,412	80.11	Población Procesada	80,991	32.54
			Población Sentenciada	118,421	47.57
Población del Fuero Federal	49,508	19.89	Población Procesada	25,964	10.43
			Población Sentenciada	23,544	9.46

DEPENDENCIA DE LOS CENTROS PENITENCIARIOS		
	Centros	Capacidad
Gobierno Federal	16	28,708
Gobierno del Distrito Federal	11	22,524
Gobiernos Estatales	284	144,984
Gobiernos Municipales	82	3,797
Total	393	200,013

SOBREPOBLACIÓN	
Sobrepoblación	48,907
Centros con Sobrepoblación	213
Centros Sobrepoblados que tienen Población del Fuero Común	61
Centros Sobrepoblados que tienen Población del Fuero Común y Federal	152

LIBERTADES OTORGADAS POR EL OADPRS	
Aplicación de los Artículos 68 y 75	2
Beneficios de Libertad Anticipada Despachados del Fuero Federal en la República Mexicana	81
Total de Libertades Otorgadas por el Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social	83

INCIDENCIAS REGISTRADAS	
Total de Incidencias	264
Total de Población Invoicada	515

TRASLADOS INTERNACIONALES Y EXTRADICIONES	
Total de Traslados Internacionales	1
Total de Extradiciones	0

⁷⁴ Idem.

⁷⁶ SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional.

En esta imagen podemos observar que tanto en el fuero común como en el federal la sobrepoblación se da, pero también un dato que a nosotros nos interesa es que son mas los presos por prisión preventiva que por sentencia, un dato muy grave y que en análisis está atacando visiblemente al principio de presunción de inocencia, además que deja ver la incapacidad de nuestro sistema de justicia para poder resolver los procesos penales de una forma rápida y eficaz, dando certeza jurídica no solo al imputado si no también a la sociedad en general, resguardando su seguridad y economía, lo cual se observa mucho mejor en la siguiente gráfica.

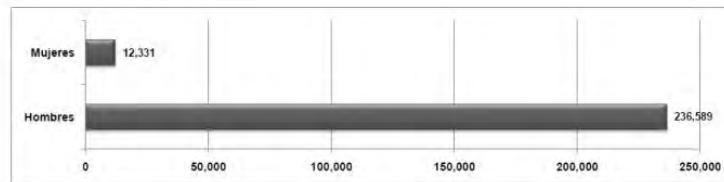
En la grafica siguiente se observa el nivel de población en los centros penitenciarios federales, un dato importante es el porcentaje de delincuencia reflejado en la población penitenciaria que existen en algunos estados de la República Mexicana, como lo son Sonora, Estado de México, Ciudad de México, Oaxaca y Guanajuato, así como en las Islas Marías.



1.2 Población Penitenciaria a nivel Nacional por Fuero, Situación Jurídica y Sexo



77



Fuente: SEGOB, CADIPRO; Direcciones de Prevención y Rehabilitación Social en los Estados.

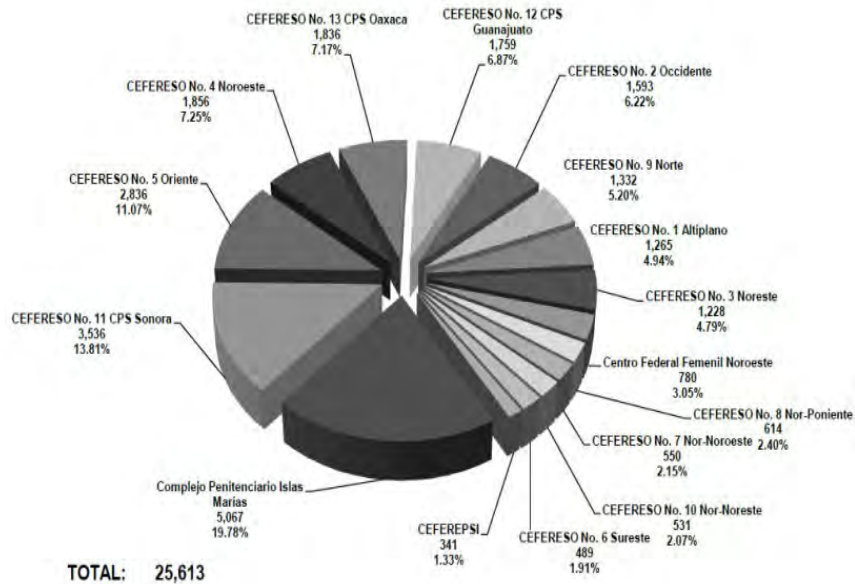
⁷⁵ Idem.

⁷⁶ SECRETARIA DE GOBERNACIÓN, Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional.

En la grafica siguiente se observa el nivel de población en los centros penitenciarios federales, un dato importante es el porcentaje de delincuencia reflejado en la población penitenciaria que existen en algunos estados de la República Mexicana, como lo son Sonora, Estado de México, Ciudad de México, Oaxaca y Guanajuato, así como en las Islas Marías.

Lo que nos da como resultado nuevamente la observancia de la sobre población en los Centros Penitenciarios, en algunas partes del país, y como en otros estados de la República al contrario gozan de privilegios al tener una población mínima y recursos muy amplios, en nuestra investigación también se encontraron datos de como el Estado ha invertido grandes recursos para tener Centros Penitenciarios de alto nivel tecnológico y en instalaciones para los presos y procesados, pero la pregunta sería ¿Es algo que tiene que sustentar la sociedad? o ¿El Estado tendría que evitar el gasto de tener personas reclusas, cuando podrían llevar su proceso fuera de un Centro penitenciario?. Estas preguntas pueden ser contestadas al observar la siguiente gráfica.

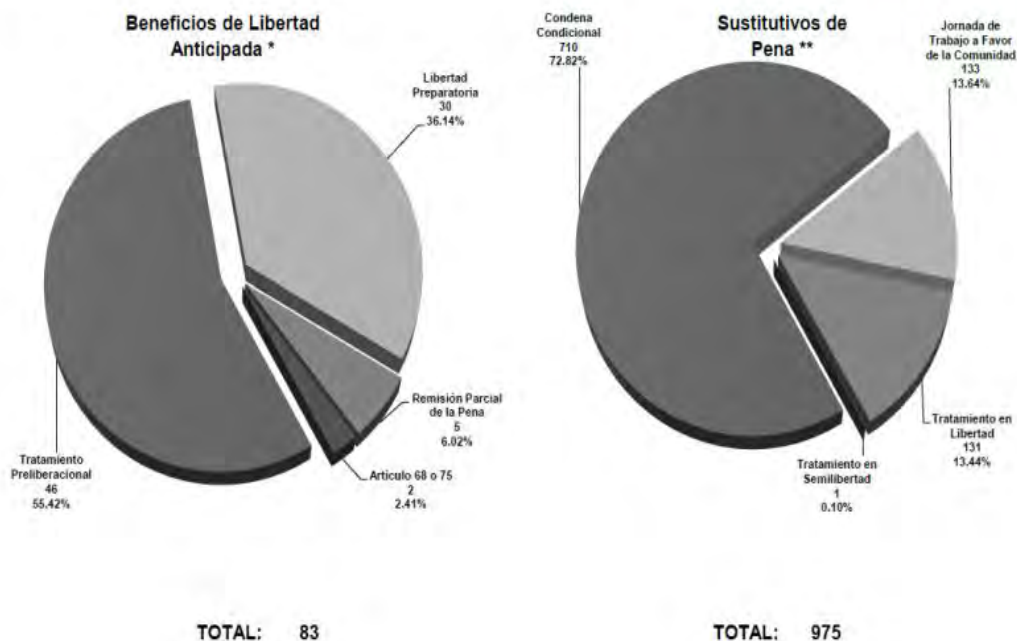
3.1 Población Penitenciaria en los Centros Federales



78

77 SECRETARIA DE GOBERNACIÓN, Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional.

4.1 Beneficios de Libertad por Entidad Federativa otorgados por el Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social



78

Ahora bien, en esta última grafica se observa como si se encontrará despresurizando el nuevo sistema, la población penitenciaria podría tener mejores condiciones de vida y al aplicar los beneficios de libertad anticipada o en su caso la sustitución de penas, se pondrían en práctica los preceptos que se han trabajado a lo largo del presente y por lo tanto nos otorga un mayor reconocimiento a la propuesta dada en este trabajo de investigación.

⁷⁸ SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional.

⁷⁹ SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional.

Justificando que la medida cautelar de la prisión preventiva por ningún motivo será la norma si no la excepción o de lo contrario seguirán las afectaciones como lo he citado anteriormente hacia el Estado Mexicano, y por lo tanto en la credibilidad del nuevo sistema penal acusatorio, por lo puedo concluir en el dicho que el Juez no deberá aplicar la prisión preventiva de oficio, si no hasta que el Ministerio Público, lo crea pertinente y por tal motivo lo justifique adecuadamente para en ningún caso vulnerar el principio de presunción de inocencia, el derecho humano a la libertad y los tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país.

Además de que el Sistema de Justicia actual tiene como meta el aplicar todos los recursos con los que cuenta, y no solo el de coerción que refleja la prisión preventiva, podemos avanzar a ser un país que educa a sus ciudadanos, que les aplica justicia ayudado de todas las medidas cautelares o en su caso la conmutación de la pena por acciones que apoyen y ayuden a la sociedad y no que desgaste a la misma en una forma social y económica.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Código Nacional de Procedimientos Penales

Código Penal del Estado de Hidalgo

DOCTRINA

Aguilera Portales, Rafael E. (coord.), *Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales, Contribuciones a la Teoría Política y Jurídica Contemporánea, "la ideología Neoconstitucionalista y la Democracia"* México, Porrúa, 2010, p. 3

Calamandrei, Silva, *Fe en el derecho*, en Calamandrei, Silva (coord.), *Fe en el derecho*, Madrid, Marcial Pons,

Carbonell, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2017

Díaz González Luis Raúl. *Los Principios Generales del Derecho*. <http://www.juridicas.unam.mx./mx>, 22:30, 10 de Septiembre del 2014.

Cárdenas Rioseco, Raúl F. *La Prisión Preventiva en México*, México, Porrúa S.A. DE C.V, 2004.

Ferrajoli, Luigi, Juspositivismo crítico y democracia constitucional, en epistemología jurídica y garantismo, Fontamara, México, 2004, p. 280.

García Amado, Juan A., Ernst Fuchs y la doctrina del derecho libre, Anuario de filosofía del derecho XIV, 1997,

González Uribe, Héctor. *Los Principios Generales del Derecho*. Quinta Edición. Editorial Porrúa, México, 2007.

Hernández Pliego, Julio A. *La Presunción de Inocencia*, Segunda Edición. Editorial Porrúa, México, 2006.

Núñez Leiva, José I., Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley, México DF., Porrúa, 2013 p. 27, Prieto Sanchís, Luis, Ideología e interpretación jurídica, Madrid, Tecnos, 1993.

Pérez Luño, Antonio E., La universalidad de los derechos humanos y el estado constitucional referencia extraída del libro de Aguilera Portales, Rafael E. et al., Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales, contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea, México, Porrúa, 2010

Pozzolo, Susana, Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional, Doxa, no.21-II, Alicante, 1998, pp. 339-353. referencia extraída del libro de Aguilera Portales, Rafael E. et al., Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales, contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea, México, Porrúa, 2010

Prieto Sanchís, Luis, Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones, en justicia constitucional y derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 2003,

Schneider, Hans Peter, Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales, En democracia y constitución, Centro de estudios

constitucionales, Madrid, 1991 pp.71-115; García de Enterría, Eduardo, La constitución como norma y el tribunal constitucional, 4a reimpresión, Civitas, Madrid, 2001

Silva García, Fernando. *Garantismo Judicial, Presunción de Inocencia*, Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 2014.