

CAPÍTULO 7

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
COMO UN DERECHO HUMANO

Dra. Esmeralda Martínez Lara

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO UN DERECHO HUMANO

Esmeralda Martínez Lara¹⁴

El proceso acusatorio adversarial al implementarse en nuestro país representa un reto para la justicia mexicana, para poder entrar totalmente a operar se tienen que hacer varias adecuaciones a nuestro sistema de justicia penal, en virtud de que se deben implementar salas de juicio oral, capacitar al personal que va a intervenir para llevar a cabo desde la investigación hasta cada una de las etapas del juicio oral, como lo son los Ministerios Públicos, policías, peritos, defensores, jueces y asesores jurídicos. Esta capacitación también debe incluir como fundamento el respeto a los Derechos Humanos, es decir un procedimiento acusatorio adversarial basado en el respeto a la persona, quienes mayor desventaja tienen son el imputado y víctima, al enfrentarse a una maquinaria procesal del Estado.

Dentro de nuestra legislación encontramos Derechos de la víctima y del imputado, es decir, inmersos dentro de nuestra Constitución y Código Nacional de Procedimientos Penales, con estos derechos analizados desde este punto de vista nuestro imputado y víctima están totalmente protegidos y no tendríamos que implementar ninguna estrategia o política para que se hicieran cumplir sus derechos.

Pero lamentablemente esto no es así, la realidad por la que se han creado instituciones como la Comisión Nacional de

¹⁴ Licenciada en Derecho por la UNAM, Maestra en Derecho Procesal Penal, con Especialidad en Juicios Orales y Doctora en Derecho Penal, por el Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas, docente y capacitadora en Ciencias Penales e investigadora del Instituto Interdisciplinario de Investigaciones de la Universidad de Xalapa.

Derechos Humanos es porque se necesita que alguien esté atento y vigilante de que se cumpla lo establecido en las leyes y además sea respetado el Derecho humano de cada persona por la autoridad.

DEFINICIÓN DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Dentro de lo que estamos comentando tenemos un claro ejemplo y que manejaremos a lo largo de este capítulo y lo es el Derecho a la presunción de inocencia, este Derecho del cual tenemos el fundamento en la Constitución Mexicana en el artículo 20 constitucional, apartado b), fracción I), el cual precisa que es un derecho de toda persona imputada a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

Aquí tenemos entonces nuestro fundamento a la presunción de inocencia, el cual además ha sido analizado por varios reconocidos doctrinarios y sus definiciones son las siguientes:

- a) LUIGI LUCCHINI señala que la presunción de inocencia es un “colorario lógico del fin racional asignado al proceso” y la “primera y fundamental garantía que el procesamiento asegura al ciudadano: presunción juris, como suele decirse, esto es, hasta prueba en contrario”.
- b) FERRAJOLI determina que la presunción de inocencia expresa a lo menos dos significados garantistas a los cuales se encuentra asociada que son “la regla de tratamiento del imputado que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal” y “la regla del juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda”.

- c) NOGUEIRA ALCALA dice: la presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas de ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además de daño moral que eventualmente se les puede producir.

- d) GONZALINE indica que el principio de inocencia es un derecho del imputado, pero nunca una franquicia para su exculpación. Esto significa que la producción probatoria y el sistema de apreciación que tengan los jueces integran, en conjunto el principio de razonabilidad que se espera de toda decisión judicial.

Al momento de tomar en consideración cada una de las definiciones que nos dan los doctrinarios sobre la presunción de inocencia determinaremos lo siguiente:

“La presunción de inocencia es un derecho fundamentado en nuestra Constitución Mexicana, que manifiesta que un imputado debe gozar de su libertad en tanto la autoridad no esté plenamente convencida de que fue este quien llevo a cabo el delito que se le imputa y la prisión preventiva debe ser utilizada excepcionalmente, ya que puede llegar a ser violatoria de este derecho”.

Luego entonces, encontramos dentro de las definiciones del derecho de presunción de inocencia varios supuestos entre ellos la situación de que se defiende la libertad como un derecho y es una excepción la prisión preventiva.

Aquí encontramos que la presunción de inocencia está en constante tensión con otros derechos, en particular con los de las víctimas a salvaguardar su integridad o a contrarrestar posibles riesgos de reincidencia, en protección al derecho de la sociedad a la seguridad ciudadana. En la defensa de cualquiera de estos derechos siempre existirá el interés de la Sociedad.

El imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente, se trata en verdad de un punto de partida político que asume la ley de enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho, punto de partida que constituyo, en su momento, la reacción contra una manera de perseguir penalmente que, precisamente partía desde el extremo contrario. El principio no afirma que el imputado sea, en verdad inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo.

La presunción de inocencia posee, además de la eficacia procesal inherente a este derecho, una extraprocesal de recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos, el reconocimiento de inocencia va más allá: permite al sentenciado que ha sido declarado culpable de un delito, alegar en su favor circunstancias supervenientes que demuestran su inocencia. Lejos de ser un simple procedimiento incidental, el reconocimiento de inocencia debe verse como un derecho subjetivo público que posee su eficacia en un solo plano: el plano procesal; y que encuentra un influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. Es una institución de “carácter extraordinario y excepcional que reconociendo el principio de seguridad jurídica surgido con la sentencia definitiva, tiene por objeto corregir

verdaderas injusticias cometidas por el juzgador penal, cuando habiendo condenado a una persona, posteriormente se demuestra de manera fehaciente e indubitable que es inocente”

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA A NIVEL INTERNACIONAL.

Comenzaremos analizando algunos de los tratados internacionales que México ha firmado y de los cuales se desprenden varias obligaciones, y son los siguientes:

- a) **Pacto de San José**, el cual obliga (como política de Estado) a asumir compromisos como es el caso de la protección de los derechos humanos. Dicho tratado establece varias obligaciones como lo son:

La obligación de respetar los derechos humanos. En ese sentido, el artículo 1.1 del pacto de San José ha establecido lo siguiente:

“Los Estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Ahora bien, del artículo 2º del Pacto de San José encontramos el fundamento normativo de control de convencionalidad, el cual, al vinculárselo con el artículo 1º constitucional establece la razón jurídica para su observancia por parte de los operadores jurídicos, cualquiera sea su rango o fuera y dentro de su ámbito de competencia.

b) **La Declaración Universal de Derechos Humanos**

señala en su artículo 11:

“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 haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

c) **El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, por su parte, establece en su artículo 14 que:

“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

d) **El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional** considera, en su artículo 66, el contenido complejo de la presunción de inocencia de la siguiente manera:

1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable.
2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado.
3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.

La interpretación de la presunción de inocencia como derecho fundamental los asocia directa e inevitablemente con los derechos de defensa. Pero, además, le da un contenido extraprocesal que impone el respeto a ese derecho por parte de los funcionarios públicos que actúan en juicio y de terceros, entonces vemos una imposición de una obligación de las

autoridades a respetar un derecho de defensa siendo este la presunción de inocencia.

Así también de gran importancia y en relación con este Derecho Fundamental tenemos al control de convencionalidad como el examen de verificación que deben de realizar los jueces aun de oficio y dentro del ámbito de sus competencias, en torno a la compatibilidad o adecuación de las normas internas con el bloque de convencionalidad, esto es, el pacto de san José, las sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos y, en forma extensiva, con los tratados internacionales que en materia de derechos humanos ha suscrito el país.

Como se puede apreciar, anteponemos el juicio de verificación frente al efecto de inaplicación de la norma, dado que, no siempre se arribará a este resultado. Es decir, que el control de convencionalidad no estamos hablando de que siempre en cada uno de los casos estemos hablando de una aplicación de tratados o convenciones internacionales, y no dudar sobre la normatividad interna y su compatibilidad con el respecto a los derechos humanos, debido que, si nos aproximamos al sistema normativo con la incertidumbre de si es o no adecuado con el bloque de convencionalidad conllevará a la insostenibilidad de dicho sistema, retardándose la administración de justicia y aumentándose las respuestas jurídicas a los conflictos sociales.

Por el contrario, la experticia nos indica que el sistema es sostenible porque las normas legales que se han venido dando son estricta constitucionalidad o gozan de una presunción de constitucionalidad así como de convencionalidad y que cuando se demanda a un estado ante la corte interamericana, este no ha quedado exento de responsabilidad cuando se le ha atribuido (mediante hechos probados) la violación de los derechos humanos.

Entonces si partimos desde la perspectiva de respetar el Pacto de San Jose; México está muy alejado de lograr el objetivo, ya que en este aspecto tenemos la problemática de una costumbre

por parte de nuestros jueces de resolver de la mejor manera, lo cual no es una tarea fácil.

TRATADOS INTERNACIONALES Y CONSTITUCION APOYO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO DERECHO HUMANO.

En virtud de que estamos dentro de un Sistema penal en el cual existen dos partes con una contienda jurídica por un lado los intereses de la víctima para que a través de un asesor jurídico se hagan respetar sus derechos y se le repare el daño; y por otro lado tenemos los intereses del imputado quien a través de un Defensor lo que quiere obtener es su libertad. De todo ello lo que obtenemos como resultado es un conflicto de intereses, con lo cual ponemos en una balanza y el resultado será que ambos derechos tienen un peso igual.

El nuevo sistema de justicia penal protege los derechos fundamentales de toda persona a quien se le imputa la comisión de un delito, puesto que garantiza el principio de presunción de inocencia y esto conlleva a seguirse el proceso en libertad como regla general, y no la prisión preventiva, en este sentido han surgido críticas de la propia sociedad en relación a que las personas que presumiblemente han causado un daño en su esfera de derechos, por el hecho de seguir el proceso en libertad, tendrán mayor oportunidad de sustraerse.

Según nuestra legislación aplicable al Sistema Acusatorio Adversarial, tenemos que la prisión preventiva solo se puede solicitar cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio. Además el juez no puede imponer una prisión preventiva oficiosa, es decir no puede imponer esta medida por el solo hecho de que el juez de mutuo propio así lo decida; sino quien debe de solicitarlo es el Ministerio Público.

No se ignora la doctrina existente en el control de constitucionalidad, entendido como la adecuación de las normas legales al marco de la constitución. Ahora bien, este juicio de compatibilidad generó todo un canon interpretativo, donde se manejan principios tales como supremacía constitucional, presunción de constitucionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, entre otros.

Los derechos humanos deben ser elevados del nivel del discurso de la materialización en las estructuras sociales a través de políticas públicas. Los derechos humanos son agendas públicas; los derechos humanos son políticas públicas tanto de hacer como de no hacer, pero donde predominen las prestaciones positivas como motor de cristalización de los citados derechos.

Lo anterior debe ser tomado en consideración y plasmarse en políticas sociales para cumplir con los objetivos siguientes:

1. La ejecución de políticas sociales para la máxima realización de los derechos que estas involucran, en tal sentido, considera que es responsabilidad del estado priorizar la recaudación y la distribución presupuestal en este tipo de planes.
2. El presupuesto distribuido en las políticas sociales deje de ser vista como un mero gasto y se piense, más bien, en los términos de una inversión social en aras de cumplimiento de un fin comunitario. Únicamente cuando todos los ciudadanos gocen de garantías mínimas de bienestar, podrán realizar satisfactoriamente sus planes de vida y por consiguiente, brindar un mejor aporte a la sociedad en su conjunto, lográndose de este modo, un mayor desarrollo como país.

El 10 de Junio de 2011 se promulgaron reformas a la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos, de los que sobresale la modificación de su artículo 1º, que establece la obligación de toda autoridad de promover, respetar y garantizar los derechos humanos favoreciendo la protección más amplia posible a favor de la persona, de conformidad con los principios de universalidad, independencia, indivisibilidad y progresividad.

En virtud de estos, la valoración de los derechos fundamentales queda vinculada a la premisa de que deben respetarse en beneficio de todo ser humano, sin distinción de edad, género, raza, religión, ideas, condición económica, de vida, salud, nacionalidad o preferencias (universalidad); además, tales derechos han de apreciarse como relacionados de forma que no sería posible distinguirlos en orden de importancia o como prerrogativas independientes, prescindibles o excluyentes unas ante otras, sino que todos deben cumplirse en la mayor medida posible así sea en diferente grado de presencia de otro derecho fundamental que también deba respetarse y que resulte eventualmente preferible, por asegurar un beneficio mayor al individuo, sin que el derecho fundamental que ceda se entienda excluido definitivamente (indivisibilidad e independencia); así mismo, con el entendimiento de que cada uno de esos derechos, o todos en su conjunto, obedecen a un contexto de necesidades pasadas y actuales, mas no niegan la posibilidad de verse expandidos, por adecuación a nuevas condiciones sociales que determinen la necesidad y vigencia de otras prerrogativas que deben reconocerse a favor del individuo (progresividad).

Los referidos principios representan criterios de optimización interpretativa de plena e inmejorable a favor del individuo, al orientar el proceder de toda autoridad en el cumplimiento del mandato de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la constitución y los tratados internacionales de la materia, lo cual se refleja al ejercer el control constitucional, en el sentido de que el respeto y restauración de los indicados derechos son una tarea no solo de la jurisdicción federal, sino también de la ordinaria en el conocimiento de los asuntos de su competencia.

Otra obligación internacional toca un tema en concreto la función legislativa como instrumento político-normativo para la protección de los derechos humanos. En efecto desde una perspectiva positiva, debemos de contar con normas jurídicas que faciliten la protección de los derechos humanos, la determinación del tipo de responsabilidad de aquellos que los violen, así como, los que establezcan aquellas condiciones que faciliten la práctica de los mismos, pero también, esta perspectiva implica que la producción normativa para cualquier tema ajeno a los derechos humanos no implique una restricción injustificada o desproporcionada de tales derechos.

Sin embargo no en todos los casos el examen de convencionalidad termina en una inaplicación, en este caso, de un tratado internacional; pero también es cierto que el operador no puede ignorar casos de grave violación a los derechos humanos sea cual fuere su fuente, incluso si proviene de un pacto internacional. Es aquí en donde tenemos la obligación de nuestras autoridades judiciales de conocer a fondo cada uno de los tratados internacionales que México suscribe, para que en ninguna de sus resoluciones se contrapongan estos derechos.

También es importante señalar que la corte interamericana tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación aplicación de las disposiciones de la citada convención que le sea sometida, siempre que los estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia ya sea por declaración especial o por convención especial. Entonces es de suma importancia que los abogados litigantes conozcan el alcance de la Corte Interamericana que puede llegar a conocer de distintos asuntos en los cuales exista una marcada controversia de interpretación.

Entonces la corte interamericana tampoco llega a entrometerse en el contenido de cada asunto que los jueces de los estados partes, pero asume competencia contenciosa en aquellos casos de violación a lo establecido en el pacto, declarando la responsabilidad de aquel estado parte que, por acción u omisión, genero una situación de vulneración a los derechos fijados en el citado documento internacional.

Entonces tenemos como fuentes normativas a la Corte y sus sentencias de la corte interamericana son las fuentes normativas para aplicación e interpretación de los derechos humanos reconocidos por los estados al suscribir en el pacto de san José.

Al respecto la corte interamericana indico lo siguiente:

“La corte es consiente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un estado ha ratificado un tratado internacional de la convención americana, sus jueces, como parte de un aparato del estado, están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermadas por la aplicación de las leyes contrarias a su

objeto y fin, y que desde un principio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras el poder judicial se debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la convención americana sobre derechos humanos.

En esta tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la corte interamericana, interprete ultima de la convención americana.”

Para este supuesto la Suprema Corte de Justicia de la Nación (varios 912/2010) preciso que solamente las sentencias emitidas por la corte interamericana en aquellos casos contra México eran los vinculantes para el operador interno, siendo referencial las sentencias emitidas en otros procesos no obstante tal posición cambio, ahora son vinculantes todas las sentencias de la corte interamericana, sin importar si México participo o no como parte en el asunto contencioso.

Ahora haremos unos breves comentarios sobre el estudio de las sentencias de la corte interamericana en lo siguiente:

1. Son de interpretación de los derechos contenidos en el pacto de san José y de la autonomía normativa de los derechos estados partes, siempre se respeta la autonomía de las normas de los estados partes, dado que la convención americana solo exige la compatibilidad entre las disposiciones internas de los estados partes con lo establecido en el citado documento internacional.
2. Son sentencias que declaran la violación de los derechos en el pacto de San José, ponderando la

normatividad interna de los estados partes. Es decir, con la corte interamericana no se pronuncia sobre si es o no contrario a la convención americana el que México haya regulado alguna situación procesal y mucho menos ha habido pronunciamiento sobre la responsabilidad internacional del estado mexicano por permitir actos de molestia fundados en mandamiento judicial. El remitirnos a dichas sentencias nos permitirá señalar que las mismas son la expresión de un catálogo de violaciones a los derechos humanos, restringidos a los actos u omisiones perturbadores al contenido esencial de tales derechos y no a la estructura y funcionamiento del Sistema Penal.

Por otro lado, y a raíz de la reforma del 2011 del artículo 1° constitucional, también forma parte del bloque de convencionalidad los tratados internacionales en materia de derechos humanos que México haya suscrito.

En ese sentido, no nos estamos refiriendo a todo documento internacional, sino aquellos que México se ha comprometido a cumplir y que generen obligaciones de protección de los derechos humanos, tales como los que ya hemos hecho mención, los mencionados tratados internacionales presentan en esencia, tanto como la finalidad como el catálogo de los derechos del pacto de san José por lo que se puede hablar de una armonía convencional en aras de una protección jurídica eficaz de los derechos humanos.

Por el contrario la lectura del pacto de san José y de los tratados internacionales del mismo cause temático nos conducirá a un catálogo de reconocimiento a los derechos básicos para la convivencia pacífica en la sociedad; dejando a los estados partes la conformación de sus agendas publicas tendientes al desarrollo como país (autonomía normativa). Así mismo la revisión de las sentencias de la

corte se apreciara la responsabilidad internacional del estado parte por la violación de los derechos contenidos en el pacto.

Sin embargo, se le critica esta modalidad al afirmar que se está confundiendo el control de convencionalidad con el deber del Estado en proteger, en todos sus estamentos, los derechos humanos.

APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LAS NORMAS LEGALES

Para realizar el examen de compatibilidad entre las disposiciones internas (Constitución y leyes procesales) con el bloque de convencionalidad (Convenciones y Tratados Internacionales), se pueden observar lo siguiente:

- A) Interpretar la norma legal conforme a la constitución: esta es la postura de la suprema corte de justicia de la nación. Es decir, debemos de recordar que ni los tratados internacionales de protección de derechos humanos nos exigen un determinado “sí” y un “como” para el contenido de la constitución, solamente el límite de no desconocer el bloque de convencionalidad. Por el contrario, es respetuoso a un modelo garantista la producción de normas apegadas a la estricta constitucionalidad.

Como ejemplo, la orden de aprehensión es un acto de molestia que solo puede ser emitida por el órgano jurisdiccional mediante mandamiento por escrito, cuando exista denuncia o querrela, el delito este castigado con pena privativa de libertad y existan datos de prueba que establezcan que existe un hecho señalado por la ley como delito y la probabilidad que el

imputado lo cometió o participó en su comisión. Si tales requisitos se señalan en la norma que regula el proceso penal (federal, estatal o bien propio del código único o nacional), entonces la misma cumple con el principio de constitucionalidad por parte del operador jurídico.

Pero en este mismo ejemplo tenemos un derecho fundamental con el que se contrapone como lo es el principio de presunción de inocencia y es aquí donde tenemos un conflicto de intereses y derechos fundamentales.

La constitución nos marca la pauta para la producción, interpretación y aplicación de la legislación secundaria; no podemos olvidarla, ni dejarla de estudiar y aplicar.

Entonces tenemos una doble protección para los derechos humanos en muchos de los casos, pero en algunos de ellos depende de la autoridad el cómo intérprete la Constitución para el caso en particular o la forma de aplicar los tratados internacionales.

Esta interpretación conforme a la constitución se facilita a través de herramientas tales como la presunción de constitucionalidad y la interpretación sistemática con los diferentes enunciados constitucionales.

- B) Interpretar la norma legal conforme a los derechos humanos, la hermenéutica no puede alejarse de los tratados internacionales suscritos por México que se ocupan de tal materia.

En la reforma Constitucional de fecha 10 de junio de 2011, los derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la propia Ley Suprema y los tratados

internacionales, lo que se traduce en la obligación de analizar su contenido y alcance a partir del principio pro personas, el cual en su primer vertiente constriñe a acudir a la normas más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, esto es, ante la existencia de varias posibilidades de solución para un mismo problema, es menester optar por la que brinde mayor protección, lo que desde luego presupone la existencia de dos posturas normativas.

Luego entonces, encontramos que debemos de hacer un análisis de cada una de las normas aplicables, ya sean la Constitución, la legislación penal local o federal y el tratado internacional aplicable, haciendo valer el derecho que brinde mayor protección.

En caso de alguna omisión o ausencia de la Constitución para el caso en particular debemos acudir directamente al Tratado internacional aplicable.

PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

Ahora bien, vamos a aplicar estos pasos sometidos a análisis la prisión preventiva oficiosa:

- a) La norma secundaria que regula la prisión preventiva oficiosa es conforme al artículo 19 constitucional, segundo párrafo, en la medida que se aplique al catálogo, de delitos señalados en el enunciado constitucional, en efecto, debemos recordar que anteriormente, la medida cautelar más gravosa como la prisión preventiva era de aplicación para los delitos graves según la legislación secundaria; ello origino que su

aplicación, en mayor o menor medida dependiese de cada entidad federativa, con la heterogeneidad que ello pueda significar.

En ese sentido, la constitución lo que ha hecho es unificar la aplicación de la prisión preventiva para que la misma no caiga en excesos, y de esta manera evitar que se siga perjudicándose desproporcionalmente la esfera de libertad personal del imputado. En tal virtud, la ley fundamental ha establecido un catálogo de delitos cuyo grado de afectación al interés al público es de máxima intensidad tornado proporcional la prisión preventiva oficiosa, y dejándose a la norma secundaria así como al operador su juicio de necesidad (por ejemplo, en los casos en que la persona procesada este embarazada, pertenezca a un grupo etéreo vulnerable o padezca un enfermedad grave terminal, la prisión preventiva – incluso oficiosa- puede ser reemplazada por otra medida cautelar menos gravosa).

- b) Se toman en cuenta los pronunciamientos de la corte interamericana que en torno a las medidas cautelares se hayan dictado, pero solo se toman como medidas, más no como base de los pronunciamientos de la autoridad.

Con ello podemos decir que la prisión preventiva oficiosa solamente se aplica para específicos delitos y tomando en consideración lo siguiente:

1. Los considerados, desde el juicio de constitucionalidad, como graves (excepcional);
2. Su imposición debe descansar en la existencia de datos de prueba que establezcan la existencia del hecho señalado como delito propio del catálogo del artículo

19 constitucional, segundo párrafo, así como, la probabilidad que el imputado lo cometió o participo en su comisión (justificada);

3. Debe ser ordenada por el órgano jurisdiccional competente en el caso puesto a su conocimiento (acordadas);
4. El fin legítimo que sustenta la prisión preventiva oficiosa es el de evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia y comprometa el éxito de la investigación; este objetivo deberá estar justificado en el razonamiento judicial y en los datos de prueba aportados por el ministerio público (indispensable);
5. Así mismo se estableció la proporcionalidad entre la prisión preventiva y oficiosa y el catálogo de delitos mencionado en la constitución; por otro lado, a pesar que su aplicación es oficiosa, está sometida al plazo máximo de dos años, fijado en el artículo 20 constitucional Apartado B, fracción IX (limitada);
6. Si la situación jurídica que justifico la imposición de la prisión preventiva vario, entonces la citada medida cautelar puede ser situada revocada, por el órgano de primera instancia (revisión) o por la segunda instancia (impugnación).

El Código Nacional de Procedimientos Penales que regule la prisión preventiva oficiosa será jurídicamente valida si se respeta el marco del artículo 19 constitucional, segundo párrafo, pero tenemos una situación encontrada a la que se

enfrentan los operadores jurídicos dependiendo del punto de vista que se esté interviniendo en un proceso penal.

PROPORCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Ahora vamos a observar las reglas de la proporcionalidad o de la ponderación en los efectos que generaría el acto procesal de ser ejecutado. Así, en primer lugar, el operador debe tomar en cuenta si existe una situación de necesidad que justifica una determinada actividad procesal. En segundo lugar, elegir el acto procesal más idóneo o eficaz para hacer frente a la situación fáctica de necesidad presentada. Y, en tercer lugar, el tomar en cuenta el interés público a la hora de fundamentar la decisión judicial; si el grado de afectación al interés público es mayor, entonces será mayor la intensidad del acto procesal tendiente a evitar la situación de necesidad procesal será menor.

Entonces el juez es quien analiza y decide sobre la aplicación de la prisión preventiva, a través de todos los datos de prueba que el Ministerio Público le expone; además de ser el Ministerio Público quien debe solicitar se aplique esta medida cautelar, recordemos que existen varias medidas a aplicarse, pero quien decide cual solicitar es la Fiscalía.

En segundo lugar el juez tiene que verificar si la medida cautelar de prisión preventiva es la idónea para el caso en particular, ya que podría ser que fuera suficiente con un garantía económica o embargo precautorio, es aquí donde entra la experiencia y lógica del juez de control.

En tercer lugar se toma en consideración el interés público, es decir el juez debe tomar en cuenta el grado de afectación hacia la sociedad que pueda causar el imputado en caso de estar en libertad durante su proceso, aquí se debe tomar en cuenta el tipo y grado en que se llevó a cabo el hecho delictuoso, para

medir la afectación a la sociedad el juez debe valorar un todo para poder resolver.

El principio de presunción de inocencia se contiene en la constitución de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 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, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculcado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado solo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de estos.

Al reconocerse como principio constitucional, la presunción de inocencia enfrenta tres disposiciones que lo distinguen: el arraigo por delitos relacionados con la delincuencia organizada, las medidas cautelares en libertad y la prisión preventiva oficiosa por los delitos graves señalados en el ordenamiento constitucional.

De acuerdo con la exposición de antecedentes de las comisiones legislativas que aprobaron la reforma constitucional de 2008, el arraigo es una medida cautelar “novedosa” que consiste en:

Detener a un individuo, por orden judicial, durante un periodo determinado, a petición del Ministerio Público, durante la

investigación preliminar o el proceso penal, a fin de evitar que el imputado se evada del lugar de la investigación o se oculte de la autoridad, o afecte a las personas involucradas en los hechos materia de la indagatoria. Existe el arraigo en el domicilio físico del investigado o el que se cumple en un lugar distinto, inclusive de la demarcación donde reside, el primero se ha utilizado para delitos calificados como graves por la ley y el segundo solo para presuntos miembros de la delincuencia organizada, siempre con autorización judicial previa.

La medida es de utilidad cuando se aplica a personas que se dedican a llevar a cabo actos criminales y en su momento son parte de estructuras delictivas que fácilmente pueden burlar los controles de movimiento migratorio o exista una duda razonable de que en libertad obstaculizaran a la autoridad o afectaran a los órganos y medios de prueba, y contra los que no puede obtenerse aun la orden de aprehensión, por la complejidad de la investigación.

Es evidente que la creciente organización de la delincuencia ha puesto en algún nivel de riesgo las clásicas instituciones jurídico-procesales, por lo que el legislador ha ampliado el espectro de medidas eficaces para contrarrestar su impacto en la percepción de inseguridad pública, una de estas es el arraigo. En el caso de México, la reforma constitucional de 2008 da vigencia tanto a la libertad cautelar con condiciones como a la prisión preventiva, con base en lo estipulado en la primera parte del segundo párrafo del artículo 19, que dice:

El Ministerio Público 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.

Las Comisiones Legislativas dictaminadoras de la reforma constitucional consideraron que esta disposición permitiría evitar el abuso de la prisión preventiva, presente en el sistema de justicia penal hasta el momento de su aprobación. Aunque sabemos que como propuesta es buena y además el objetivo tiene una relevancia mayor para el cuidado de los derechos humanos; la problemática que se enfrenta es la interpretación que le pueda dar la autoridad a esta disposición y en un momento determinado no se haga un abuso de la figura.

El dictamen legislativo citado da cuenta de ello al señalar que:

Este nuevo diseño es acorde con el principio de presunción de inocencia. Diversos procesalistas clásicos y contemporáneos han hecho notar la afectación de los derechos de las personas sometiéndolas a prisión preventiva, sin que antes se haya derrotado su presunción de inocencia en un juicio en el que se respeten todas las garantías del debido proceso.

1. Riesgo de sustracción. Significa la posibilidad de que la persona imputada no se presente en el juicio, es decir, exista una gran posibilidad de que la persona se vaya del lugar en donde se lleva el juicio.
2. Riesgo para la víctima, testigos o comunidad. Alude a la probabilidad de que la persona imputada pueda cometer un delito doloso en contra de víctimas, testigos y la sociedad. Es decir, que el imputado estando en libertad lo más probable es que termine dañando a alguien.
3. Riesgo de obstaculización del proceso. Se refiere a la posibilidad de que el imputado destruya, modifique, oculte o falsifique evidencia, o que influya en testigos, coimputados o peritos para que no declaren o tengan comportamientos reticentes. Esta situación se puede llevar a cabo en el momento que un inculpado en

libertad pueda acudir a amenazar a alguna de las personas que puedan aportar, o trate de destruir cosas que tenían que ver con el hecho criminal.

Al respecto, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en su tercer párrafo, entre otras cosas, que:

La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Al respecto, la Observación General Núm. 8 del Comité de Derechos Humanos confirma el carácter excepcional de la prisión preventiva, y señala que “la prisión preventiva debe ser excepcional y lo más breve posible”.

La noción de la prisión preventiva como último recurso también es retomada por las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio).

A su vez, la jurisprudencia interamericana ha considerado que la prisión preventiva es:

La medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

Luego entonces, tenemos varias perspectivas internacionales que apoyan la idea de que la prisión preventiva es una situación excepcional y es en este caso la medida más severa que se

puede tomar por parte de la autoridad judicial, ya que el daño que se causa es irreversible. La autoridad judicial debe contar con elementos suficientes que hagan suponer que el imputado llevo a cabo el hecho delictuoso.

Pero qué pasa si la autoridad por el miedo o pura sospecha cree que el inculpado se sustraerá de la acción de la justicia y le determina una prisión preventiva, para que lleve su proceso dentro de un reclusorio. En este caso particular lo que sucederá es que el imputado comenzará con un sufrimiento, ya que el estar en un reclusorio no es para nada agradable y mucho menos con la gente que se llega a convivir.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DIGNIDAD HUMANA

A través de la historia ha fluctuado la presunción de inocencia, ya que en otra época existía la presunción de culpabilidad. La presunción de inocencia nace en 1789 después de la Revolución Francesa, revisando los errores que se habían cometido y que se había condenado a personas inocentes lo cual no es exclusivo de una época, sino que hasta en la actualidad se pueden observar errores muy evidentes dentro de la labor de la autoridad ministerial y judicial.

La verdad se construye y es un producto humano y está por ello va a ser cuestionable, por que el ser humano puede cometer errores. En un juicio la verdad se construye a través de una labor humana. Al afirmar algo en el proceso penal y decir que el imputado cometió o no el hecho delictuoso lo que sigue es comprobar el dicho, ya que en cada uno de los casos estamos hablando de derechos humanos, estamos hablando de una persona quien sufre las consecuencias de una buena o mala aplicación de la legislación. Es allí en donde entra nuestra responsabilidad como ciudadanos primero y luego como

estudiosos del derecho, ya que lo que debemos hacer son estudios minuciosos de cada asunto en particular para llegar a la verdad histórica y con ello estar seguros de que la resolución judicial es la correcta.

La presunción de inocencia está basada en la Constitución y también a nivel internacional. Esto plasmado en documentos del Derecho, nuestra legislación. Lo difícil es llevarlo a cabo y tratar como inocente al imputado y no al contrario. Ya que hasta la misma sociedad cuando nos enteramos que han detenido a una persona como un probable responsable de un hecho delictuoso lo que viene a la mente es que esa persona es un delincuente y esto quiere decir que estamos haciendo un juicio de valor aún antes de conocer los detalles de esto.

El Fiscal o ministerio público debe convencer al juez de la fundamentación de la medida de prisión preventiva, es decir, quien acusa debe aportar todos los elementos o datos de prueba para que realmente tengamos una prisión preventiva que reúna los elementos y no que esa persona sea parte de una estadística de la Procuraduría solamente.

La carga de la prueba, la responsabilidad del Fiscal o ministerio Público es probar que el imputado llevo a cabo una conducta delictiva y esto es lo que llevará a cabo durante todo el proceso penal.

Tratamiento de la persona que estoy investigando, debe tener un trato digno, no pierde su dignidad humana por que se le esté imputando un hecho delictuoso, aquí tenemos una situación realmente relevante la entrada del imputado al reclusorio y lo que ello implica. Hagamos un recuento rápido de ello, tenemos las siguientes etapas del ingreso al sistema penitenciario:

- ❖ Una vez admitido un recluso dentro de un establecimiento penitenciario, se procurará que el procedimiento de ingreso se lleve a cabo con la máxima intimidad posible, a fin de reducir los efectos negativos que pueden originar los primeros momentos en una prisión.
- ❖ El ingreso de una persona en prisión en calidad de detenido, preso o penado se efectuará mediante orden judicial de detención, mandamiento de prisión o sentencia firme de la autoridad judicial competente.
- ❖ **Identificación personal.** El procedimiento se inicia verificando la identidad personal, efectuando la reseña alfabética, dactilar y fotográfica, que servirán en el futuro para identificar a la persona en sus salidas al exterior del establecimiento por cualquier causa, incluida la puesta en libertad.
- ❖ **Inscripción y apertura de expediente.** Seguidamente se inscribe a la persona en el libro de ingresos y se realiza la apertura del expediente personal, que recoge de forma cronológica todas las incidencias penitenciarias, penales y en situación de prisión preventiva de cada interno.
- ❖ **Información al interno.** El interno es informado de sus derechos y obligaciones, así como de los procedimientos para hacerlos efectivos. Esta información se le da por escrito, e incluye información relativa al régimen del establecimiento, a las normas disciplinarias y también a los medios para formular peticiones, quejas y recursos.

- ❖ **Registro de pertenencias.** Se procede entonces al registro de sus pertenencias, retirándosele los enseres y objetos no autorizados, que se guardan en el centro previa entrega de un recibo.
- ❖ **Visita médica y entrevistas.** Realizado todo esto, la persona pasa a ocupar una celda en el departamento de ingresos, y será visitada por el médico en 24 horas, y posteriormente por profesionales del Equipo Técnico que propondrán su ubicación definitiva en otro módulo del establecimiento, de acuerdo a la personalidad e historial delictivo. Por último se toma la hora y día de vencimiento del plazo máximo de detención. Una vez admitido un recluso dentro de un establecimiento, se procurará que el procedimiento de ingreso se lleve a cabo con la máxima intimidad posible, a fin de reducir los efectos negativos que pueden originar los primeros momentos en una prisión.

Es en este momento cuando comienza la vida en prisión, el momento en que la persona ingresa es el instante en que debe dejar atrás su identidad social para adoptar la nueva identidad de preso. Es por tanto el momento del despojo. Como en todas las instituciones totales, esto queda plasmado en una serie de rituales de expoliación que suelen acompañarse de un desnudamiento, más o menos completo: la persona se desprende de lo suyo, le es arrebatado lo que le era propio hasta ese momento, para poder asumir los signos de identificación del nuevo rol que la institución le provee. Sin embargo, este ritual de degradación más o menos inevitable, es presentado en el antedicho como una realidad invertida.

CONSECUENCIAS PSICOSOCIALES DEL INGRESO EN PRISIÓN

Cuando una persona es ingresada a una institución carcelaria va a sufrir una experiencia traumatizante que va alterar su estado emocional de manera inevitable. Este fenómeno ha sido estudiado a lo largo del tiempo por muchos investigadores y se le ha denominado de diferentes maneras entre ellas carcelazo, efecto de prisionización, e incluso se ha descrito como un proceso de duelo por la pérdida de la libertad.

Las deplorables condiciones en las que se encuentran las cárceles realmente, además de la situación de saberse cautiverio, se añaden más factores que atentan contra el bienestar psíquico y social de las personas privadas de su libertad. Más aún, esta misma situación de cautiverio es aquella que no les permite a los reclusos escapar de tales circunstancias.

Abordar la experiencia de ser prisionero y la realidad carcelaria no es tarea sencilla, debido a la existencia de diferentes tipos de cárceles y, por lo tanto, de diferentes realidades existenciales de los individuos que las integran. De todas maneras, a continuación se desarrollan algunas formas de reacción frecuentes que las personas que son privadas de libertad encuentran para enfrentarse y responder a este tipo de situación.

Reacciones conductuales, cognitivas y emocionales de los reclusos: la respuesta humana normal al peligro es un sistema complejo e integrado de reacciones que abarcan tanto cuerpo como mente. Además, las reacciones traumáticas tienen lugar cuando la acción no sirve para nada. Cuando no es posible ni resistirse ni escapar, el sistema de autodefensa humano se siente sobrepasado y desorganizado. Podría pensarse que esta

impotencia e indefensión resultan típicas en la experiencia de los reclusos frente a las constantes vejaciones y maltratos a los que están expuestos y, sobre todo, frente a la indiferencia de la clase política y de la comunidad.

Además, cuando una persona está indefensa y resulta inútil cualquier forma de resistencia puede entrar en un estado de abandono; en combinación con tal estado, puede aparecer una sensación de indiferencia, de extrañamiento emocional y una profunda pasividad lo cual hace que la persona renuncie a toda iniciativa o resistencia. Este estado alterado de la conciencia puede considerarse como uno de los pequeños regalos de la naturaleza, una protección contra un dolor insoportable, en psicoanálisis son llamados mecanismos de defensa.

Es posible que este mecanismo también opere en los reclusos, frente a la imposibilidad de escapar, y así logren resguardarse del sufrimiento. Y si no consiguieran ese efecto espontáneamente, cabe la posibilidad de que recurran al consumo de sustancias, como alcohol, drogas, para lograr un resultado similar (es conveniente señalar que el consumo de sustancias en el interior de las cárceles es muy frecuente).

En la prisión siempre se está en peligro. Considerada como entorno disruptivo, la cárcel está cargada de amenazas. (Amenaza es todo aquello que actúa en el psiquismo de un sujeto como señal de un peligro que atenta contra la integridad de su cuerpo, su psiquismo o su misma existencia). Y precisamente el efecto devastador de las situaciones disruptivas se debe en gran medida al estado subjetivo que imponen en las poblaciones en las que inculcan el sentimiento de vivir bajo intimidaciones generalizadas y crónicas que atentan contra la existencia misma.

La constante sensación de incertidumbre y de que la persona corre riesgo de muerte, provoca un estado de permanente

ansiedad, que se generalizará a todo tipo de situaciones. Por otro lado, se expone el efecto de la desconexión. Al respecto, se plantea que los acontecimientos traumáticos ponen en duda las relaciones humanas básicas. Rompen los vínculos de familia, amistad, amor y comunidad.

En el ámbito carcelario, el poder se ejerce a través de la violencia, la aplicación caprichosa de reglas arbitrarias, la constante supervisión sobre todas las actividades del recluso (incluidas las cuestiones más íntimas), los castigos denigrantes, entre otros factores.

Otras reacciones habituales de personas crónicamente traumatizadas, o expuestas a una situación de este tipo son:

Quejas de insomnio, agitación, síntomas somáticos como tensión, dolores de cabeza, dolores abdominales, de espalda.

Luego entonces en donde queda la dignidad humana y el buen trato hacia esa persona que esta privada de su libertad, que ingresa a un reclusorio porque así lo solicita la fiscalía y para el juez está apegado al procedimiento según las máximas de la experiencia y la lógica.

Ahora entremos al análisis de que es lo que va a suceder si el imputado después de haber sido privado de su libertad y con una estancia en un centro de reinserción social resulta que se decreta su libertad, quien será el responsable que le reparará su daño psicológico, material, emocional y pecuniario.

Una persona después de haber estado privado de su libertad queda con un daño, el cual la autoridad no asume como para repararlo y darle un tratamiento adecuado y este lo pueda superar.

Tenemos un problema al cual se enfrentan miles de personas que tienen que pasar por una experiencia traumática de llegar a un centro de reinserción social, en el cual existe violencia

excesiva, como las famosas “bienvenidas” a los internos independientemente de que sean culpables o no de la conducta delictuosa que se les imputa. También el pasar por un proceso de mezclarse con personas que realmente tiene como *modus vivendi* el delito.

Las líneas anteriores reflejan un daño de imposible reparación, ya que quien puede llegar a borrar esa experiencia, del daño mencionado no se hace cargo el Estado. Con ello se hace necesario insistir en que la prisión preventiva debe ser excepcional para cada caso que se lleve debe hacerse una análisis exhaustivo.

Por ello en caso de existir alguna duda favorece al reo y deben dejarlo en libertad, ya que cualquier error en una imposición de prisión preventiva se está violando el Derecho humano de la presunción de inocencia.

La valoración de la prueba de manera lógica y con las máximas de la experiencia, todo debe ser fundamentado, esa es la manera de garantizar la exacta aplicación de la ley. Aunque tenemos desventajas dentro de la aplicación de la prisión preventiva.

MEDIDAS CAUTELARES ALTERNAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA

A solicitud del ministerio público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares:

1. La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquel designe;
2. La exhibición de una garantía económica;
3. El embargo de bienes;

4. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;
5. La prohibición de salir sin autorización del país de la localidad en la cual recibe o del ámbito territorial que fije el juez;
6. El sometimiento al ciudadano al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;
7. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares;
8. La prohibición de convivir o acercarse a comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
9. La separación inmediata del domicilio;
10. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;
11. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;
12. La colocación de localizadores electrónicos;
13. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o
14. La prisión preventiva.

Como se puede observar se cuenta con catorce posibilidades o alternativas de entre las cuales el Ministerio Público podría solicitar cualquiera, por lo regular se acude a la prisión preventiva por la situación de que el imputado comparezca ante la autoridad judicial a seguir su procedimiento.

PROPORCIONALIDAD

El juez de control, al imponer una o varias de las medidas cautelares previstas, deberá tomar en consideración los

argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el ministerio público realice, aplicando el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona, en términos de lo dispuesto en el artículo 19 de la constitución. Entonces para encontrar la proporcionalidad de la medida cautelar debemos tomar en consideración los argumentos que esgrime el Ministerio público para justificar dicha medida.

Para determinar la idoneidad y proporcionalidad de la medida, se podrá tomar en consideración el análisis de evaluación de riesgo realizado por el personal especializado en la materia, de manera objetiva, imparcial y neutral en términos de la legislación aplicable. Aquí hablamos de personal especializado en análisis de evaluación de riesgo, lo cual en nuestro país aún no contamos con ese tipo de personal.

En la resolución respectiva, el juez de control deberá justificar las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado. También parte de lo que se debe considerar es que la medida cautelar que se imponga sea la menos lesiva, es decir la que menos haga daño al imputado en todos los sentidos. Pero la prisión preventiva será en verdad la menos lesiva, con ella el Estado asegura la presencia del imputado en juicio, aunque con ello se esté provocando un daño al mismo imputado. La problemática inicia cuando esta persona que se ha detenido no llevo a cabo el hecho delictuoso y la autoridad se equivocó de medida cautelar, ya que hemos observado que existen menos lesivas.

IMPOSICIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA

Las solicitudes de medidas cautelares serán resueltas por el juez de control, en audiencia y con presencia de las partes. Es

decir, se da la oportunidad de las partes para argumentar sobre la pertinencia de la aplicación de dicha medida.

El juez de control podrá imponer una de las medidas. Solo el ministerio público podrá solicitar la prisión preventiva, la cual no podrá combinarse con otras medidas cautelares previstas, salvo el embargo precautorio o la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren en el sistema financiero.

En ningún caso el juez de control está autorizado a aplicar medidas cautelares sin tomar en cuenta el objeto o la finalidad de las mismas ni a aplicar medidas más graves que las previstas. Este es el único tope que tiene el juez de control, ya que debe toma en cuenta el objeto o la finalidad de dicha medida, haciendo un análisis, el cual debe explicar en audiencia pública al imputado, en caso de no ser así estaremos hablando de una violación a los derechos del imputado.

Es aquí donde sobresale la figura del juez de control, quien es la figura que resuelve sobre la aplicación de las medidas cautelares, esto lleva a que en cada una de sus resoluciones el juez tiene la obligación de analizar y tomar en cuenta la finalidad y objeto de dicha medida para justificar su actuar.

Solo por delito que merezca pena privativa de la libertad habrá un lugar a prisión preventiva.

La prisión preventiva no podrá exceder de un año, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha dictado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En el caso de que el imputado sea una persona mayor de 70 años de edad o afectada por una enfermedad grave o terminal,

el órgano jurisdiccional podrá ordenar que la prisión preventiva se ejecute en el domicilio de la persona imputada o, de ser el caso, en un centro médico, o geriátrico, bajo las medidas cautelares que procedan.

De igual forma procederá lo previsto en el párrafo anterior, cuando se trate de mujeres embarazadas, o madres durante la lactancia.

No gozaran de la prerrogativa prevista en los dos párrafos anteriores, quienes a criterio del juez de control puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su riesgo social. Estamos entonces supeditados al criterio de su señoría, es aquí donde debe sobresalir la preparación de los jueces, cualquier error de los jueces viene a perjudicar gravemente la libertad del imputado.

El ministerio publico solo podrá solicitar al juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario 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 victima de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado este siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la condición de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexas en los términos del presente código.

En el supuesto de que el imputado este siendo procesado por otro delito distinto de aquel en el que se solicite la prisión preventiva, deberá analizarse si en ambos procesos son susceptibles de acumulación, en cuyo caso la existencia de proceso previo no dará lugar por si sola a la procedencia de la prisión preventiva.

Nuestra legislación se contradice, ya que como primer punto nos habla de la influencia para la decisión del juez el que el imputado haya sido condenado por delito doloso y posterior

nos habla de que aunque el imputado haya sido sentenciado previamente esto no justifica la procedencia de la prisión preventiva.

El juez de control en el ámbito de su competencia, 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 determinan la ley contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

La ley de materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el código penal federal de la manera siguiente:

1. Homicidio doloso previsto en los artículos 302, en relación al 307, 313, 315, 315 BIS, 320 y 323;
2. Genocidio, previsto en el artículo 149 BIS;
3. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 bis;
4. Traición a la patria, previstos en los artículos 123, 124, 125 y 126;
5. Espionaje previsto en los artículos 127 y 128
6. Terrorismo, previstos en los artículos 139 al 139 ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 bis al 148 cuater;
7. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
8. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
9. Corrupción de personas menores de 18 años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender

el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; pornografía de personas menores de 18 años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202, turismo sexual en contra de personas menores de 18 años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistir previsto en los artículos 203 y 203 bis.; lenocinio de personas menores de 18 años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 204 y pederastia, previsto en el artículo 209 bis;

10. Tráfico de menores; previsto en el artículo 366 ter
11. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 bis, 196 ter, 197, párrafo primero y 198 parte primera del párrafo tercero.

El juez no podrá imponer la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar únicamente cuando lo solicite el ministerio público por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, del desarrollo de la investigación la protección de la víctima, y de los testigos o de la comunidad. Dicha solicitud deberán contar con la autorización del titular de la procuraduría o el funcionario que en el delegue esa facultad.

PELIGRO DE SUSTRACCIÓN DEL IMPUTADO

Para decidir si está garantizada o no la comparecencia del imputado en el proceso, el juez de control tomara en cuenta, especialmente las siguientes circunstancias:

1. El arraigo que tenga en el lugar donde deba ser juzgado determinado por el domicilio residencia habitual, asiento de la familia y de las facilidades para abandonar el lugar o permanecer oculto. La falsedad sobre el domicilio del imputado constituye presunción de riesgo de fuga;
2. El máximo de la pena que en su caso pudiera llegar a imponerse de acuerdo al delito de que se trate y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante este;
3. El comportamiento del imputado posterior al hecho cometido durante el procedimiento o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal;
4. La inobservancia de medidas cautelares previamente impuestas o;
5. El desacato de situaciones para actos procesales y que conforme a derecho, le hubieran realizado las autoridades investigadoras o jurisdiccionales.

RIESGO PARA LA VÍCTIMA U OFENDIDO TESTIGOS O PARA LA COMUNIDAD.

La protección que deba proporcionarse a la víctima u ofendido a los testigos o a la comunidad, se establecerá a partir de la valoración que haga el juez de control respecto de las circunstancias del hecho y de las condiciones particulares en que se encuentren dicho sujetos, de las que puedan derivarse la existencia de un riesgo fundado de que se cometa contra dichas personas un acto que afecte su integridad personal o poner en riesgo su vida.

PRISIÓN PREVENTIVA VS PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia es un derecho fundamentado en nuestra Constitución Mexicana, que manifiesta que un imputado debe gozar de su libertad en tanto la autoridad no esté plenamente convencida de que fue este quien llevo a cabo el delito que se le imputa y la prisión preventiva debe ser utilizada excepcionalmente, ya que puede llegar a ser violatoria de este derecho, es en este entendido que tenemos situaciones que se contraponen, ya que el imputado tiene el Derecho Humano que se establece en la constitución de que se presuma inocente hasta que se demuestre lo contrario.

Pero también así tenemos que el Ministerio Público cuenta con la facultad de solicitar como medida precautoria la prisión preventiva y es el juez de control quien determina si esta es viable o no, a través de tomar en consideración varios elemento como lo son los datos de prueba que así se le hagan llegar.

En este caso que sería lo correcto determinar la prisión preventiva por que así lo solicita el Ministerio Público o determinar la libertad durante el procedimiento por que así lo manifiesta la Constitución en el Derecho de presunción de inocencia.

Se puede observar que la determinación depende de la resolución del Juez de Control, es por ello que debemos contar con jueces preparados, con experiencia que sean capaces de determinar haciendo valer estos Derechos.

FUENTES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Nacional de Procedimientos Penales

Lucchini, Luigi (1995), *Elemento di procedura penale*,
Firenze, Barbera

Ferrajoli, Luigi (2001), *Derecho y razón*, quinta edición,
Madrid, Trotta

Nogueira Alcalá, Humberto (2003), Los derechos esenciales o
humanos contenidos en los tratados internacionales y su
ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y
jurisprudencia, en *Revista Ius et Praxis*, año 9 N° 1.

