



# **BENEMÉRITA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE PUEBLA**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**SECRETARÍA DE INVESTIGACIÓN  
Y ESTUDIOS DE POSGRADO**

**DOCTORADO CON DERECHO EN ACREDITACIÓN  
PNPC-CONACYT**

**“EXPLICACIÓN LÓGICA JURÍDICA DE LA VIOLACIÓN A LOS  
DERECHOS HUMANOS POR LA PRISIÓN PREVENTIVA  
OFICIOSA EN MÉXICO”**

**TESIS**

**PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO**

**PRESENTA:**

**MTRO. EN D. ARTURO DEL MORAL JIMÉNEZ**

**DIRECTOR DE TESIS:**

**DR. DAVID SANTACRUZ MORALES**

**COMITÉ TUTORIAL Y SÍNODO**

**DR. DAVID SANTACRUZ MORALES  
DRA. PATRICIA USTARÁN ROBINSON  
DR. MARCOS GUTIÉRREZ AYALA  
DR. GABRIEL PÉREZ GALMICHE  
DR. ROBERTO CARLOS GALLARDO LOYA**

**PUEBLA, PUEBLA. ENERO 2023**

## **AGRADECIMIENTOS**

**A Dios:** Por darme absolutamente todo.

**A mis padres:** Por darme el apoyo a lo largo de la vida, sin limitación de su amor y comprensión.

**A Janet:** Por ser mi amiga e impulsarme al éxito y al esfuerzo y darme su amor y tiempo día a día.

**A Helen:** Por ser la mejor hermana que pude elegir, exigiéndome en todo sacrificio en aras de superación.

**Al Dr. David:** Por ser un excepcional docente, amigo y mejor ser humano.

**A Yaz Martínez:** Tú sabes por qué.

Y por supuesto a Carmencilla, Armando, Rafa, Yace, Poncho, Lalo, Pepe, Roger, Miguel, Marisol y Caleb por estar siempre conmigo.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
--------------	---

### CAPÍTULO PRIMERO

#### ANTECEDENTES Y PRINCIPIOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN GENERAL Y EN MÉXICO

1.1.	Antecedentes.	6
1.1.1.	Europa.	11
1.1.1.1.	Francia.	17
1.1.1.2.	España.	24
1.1.1.3.	Alemania.	27
1.1.2.	América Latina.	31
1.1.2.1.	Perú.	31
1.1.2.2.	Chile.	33
1.1.2.3.	México.	34
1.2.	Escuela Clásica y principios teóricos.	44
1.3.	Escuela Positiva y principios teóricos.	46

1.4.	Escuelas Eclécticas y principios teóricos.	47
1.5.	Principios procesales de rango constitucional.	49
1.5.1.	Publicidad.	50
1.5.2.	Contradicción.	51
1.5.3.	Continuidad.	53
1.5.4.	Concentración.	54
1.5.5.	Inmediación.	54

## **CAPÍTULO SEGUNDO.**

### **TEORÍAS EXPLICATIVAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA, PRISIÓN JUSTIFICADA Y SU DIFERENCIA CONCEPTUAL**

2.1.	Teoría del delito.	60
2.2.	Teoría causalista.	61
2.3.	Teoría del caso.	71
2.4.	Relación entre teoría del delito y teoría del caso.	75
2.5.	Teoría de la pena.	79
2.5.1.	Teorías absolutas de la pena.	82
2.6.	Derechos Humanos.	91

2.7.	Principio de supremacía constitucional.	94
------	---	----

### **CAPÍTULO TERCERO.**

#### **LAS MEDIDAS CAUTELARES Y EL PROCESO DE SU APLICACIÓN EN LA ETAPA PROCESAL**

3.1.	Prisión preventiva.	104
3.2.	El origen del concepto cautelar de la prisión preventiva oficiosa.	118
3.3.	Flagrancia.	123
3.4.	Caso urgente.	129
3.5.	En libertad.	134
3.6.	Prisión preventiva según las familias jurídicas.	136
3.6.1.	Alemania.	137
3.6.2.	Costa Rica.	139
3.6.3.	Francia.	140
3.6.4.	Colombia.	141
3.6.5.	España.	142
3.6.6.	Suiza.	144

3.6.7.	Ecuador.	145
3.6.8.	Venezuela.	145
3.6.9.	República Dominicana	146
3.6.10.	Estados Unidos de Norteamérica	146
3.7.	El sistema mixto.	147
3.8.	La prisión preventiva oficiosa del año 2008 al 2019 en México	148
3.9.	De la lógica jurídica.	160
Conclusiones.		173
Propuesta.		176
Fuentes de información y consulta.		177

## INTRODUCCIÓN

La lógica jurídica, concebida como arte y ciencia a la vez, nos da los instrumentos necesarios para llevar una interpretación correcta de estos los normativos desde su creación hasta su aplicación, siempre relacionados con la conducta, por cierto, volátil del ser humano.

Conducta que se ha tratado de regular e incluso manipular a través de preceptos normativos que sancionan todas aquellas conductas que contravienen el fin del Estado, que es el bien común y la paz social y el estado de derecho.

A través de esta investigación, analítica y deductiva, advertiremos que la prisión preventiva oficiosa, es violatoria de derechos, en virtud de la entrada en vigor del sistema penal acusatorio, tras la reforma constitucional del 2008, con la que, facultan a la autoridad a imponer dicha medida cautelar de manera oficiosa, por incurrir en alguno de los delitos considerados graves, o bien de manera justificada, porque a consideración de la autoridad, por ejemplo, el imputado pudiera sustraerse de la justicia.

Ahora bien, dicha reforma no es la única que cobra importancia no sólo en materia penal, ello toda vez que en el año 2011 se efectúa otra reforma constitucional, sumamente garantista, pues los derechos humanos previstos en la constitución y los tratados internacionales signados por el Estado Mexicano no solo son reconocidos, sino que la protección de los primeros y la aplicación de los segundos se vuelve obligatoria.

Por lo que en este trabajo detectaremos dogmática y axiológicamente los artículos que violenten, durante las etapas procesales, el derecho fundamental tutelado de libertad y por supuesto el principio de presunción de inocencia.

También, podremos advertir que, a raíz de esta reforma constitucional surgen otros principios de interpretación, cuya única finalidad es, precisamente, la protección

de los derechos humanos, como son el de interpretación conforme, principio *pro persona* o *pro hominem*, principio de *indubio pro reo* y el control de convencionalidad.

Principios que deben ser observados y aplicados de manera obligatoria por las autoridades mexicanas, ya que así lo ordena el texto constitucional en su artículo 1 y la contradicción de tesis 293/2011 sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Para comprender estas reformas a la ley, en el capítulo primero del presente trabajo, atenderemos a los antecedentes de lo que es la prisión preventiva, tanto en el marco nacional como en el internacional, con la finalidad de crear conciencia del pasado para mejorar el presente, en virtud de que, como lo veremos en el desarrollo del capítulo de mérito, la prisión preventiva no era una figura que como tal, sostuviera el Estado.

A su vez, trataremos las distintas escuelas y principios teóricos en los que se fundamenta el Derecho Penal y que son de rango constitucional, con la finalidad de sustraer de estos las bases que se deben contemplar en la aplicación de esa rama del Derecho.

Por cuanto hace al capítulo segundo, abundaremos en las teorías del derecho penal, como son la del delito, la causalista la teoría del caso, por mencionar algunas, para luego analizar que es un derecho humano, desde su reconocimiento, pasando por la revolución francesa, en la que, en la Declaración de los derechos humanos, estos derechos únicamente eran para los varones, la segunda guerra mundial que es parteaguas en este temade derechos, pues es a partir de ella que se siembran sus pilares.

Para entonces abordar el principio de supremacía constitucional, mismo que con la reforma de 2011, ha causado distintos posicionamientos por parte de los estudiosos del derecho a favor de la pirámide de Kelsen y de aquellos que están en pro de anteponer a la persona y por ende considerar que la interpretación conforme, así como el principio *pro-homine* no vulnera la Supremacía Constitucional.

Finalmente, en el capítulo tercero trataremos el tema de la prisión preventiva, objeto de estudio de la presente investigación, la forma en que lo aplican diversos países de la familia jurídica romano-germánica y del *common law*, como del sistema mixto, el desarrollo de la medida cautelar de prisión preventiva y, por supuesto, analizaremos que es la lógica jurídica, que nos llevará a entender el origen de creación de las leyes y, por supuesto, su aplicación.

En esa tesitura, la presente investigación se realizó con el objeto de analizar la serie de violaciones que se dan dentro del procedimiento penal en México, con motivo de la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, prevista en el artículo 19 de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en el diverso 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, lo que provoca que se vulneren los derechos humanos de presunción de inocencia y el derecho humano a la libertad personal.

Si bien es cierto que en la investigación que se desarrolla, el fondo no es como se desahoga una audiencia oral penal, si es de importancia tener presentes los detalles que se dan en ellas, ya que el procedimiento rige la forma o los casos en los que se puede detener a una persona, y una vez detenida, bajo diversas circunstancias es que se puede dictar prisión preventiva oficiosa, la prisión preventiva justificada y la prisión preventiva legal.

En ese tenor, esta investigación se realiza con el objeto de analizar la serie de violaciones que se dan dentro del procedimiento penal en México, con motivo de la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, derivada de los artículos 19 de la constitución Política de los estados Unidos Mexicanos, así como del artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, con lo que nos enfrentamos a una vulneración sistemática de los derechos humanos de presunción de inocencia y el derecho humano a la libertad personal.

Se observará que, en distintos momentos del procedimiento penal, se violan los derechos humanos, por medio de la detención en flagrancia, el caso urgente. En

ese sentido se hace un análisis de lo que es la Teoría del Delito, la Teoría del Caso y la Teoría de la Pena.

Al Aplicar dichas teorías ayudara a la comprensión de lo que es el delito, sus elementos, las formas de analizar los elementos o datos de prueba de una carpeta de investigación, para poder aplicar las técnicas y argumentos adecuados y comprender lo que es la pena y por qué se impone la pena.

## **CAPÍTULO PRIMERO.**

Antecedentes y principios de la prisión preventiva oficiosa en general y en México.

SUMARIO: 1.1. Antecedentes. 1.1.1. Europa. 1.1.1.1. Francia. 1.1.1.2. España. 1.1.1.3. Alemania. 1.1.2. América Latina. 1.1.2.1. Perú. 1.1.2.2. Chile. 1.1.2.3. México. 1.2. Escuela Clásica. 1.3. Escuela Positiva. 1.4. Escuelas Eclécticas. 1.5. Principios procesales de rango constitucional. 1.5.1. Publicidad. 1.5.2. Contradicción. 1.5.3. Continuidad. 1.5.4. Concentración. 1.5.5. Inmediación.

***“Una cosa no es justa por el hecho de ser ley.  
Debe ser ley porque es justa”.***  
**Montesquieu**

Al tratar cualquier fenómeno actual es importante acudir a los antecedentes, pues, como en todo contexto social, sin la historia es imposible entender de manera puntual cualquier tema.

Toda persona que aborde la investigación de un tópico está obligada a acudir a sus orígenes, con lo que se obtiene información respecto de lo que sucedió, da el por qué y el cómo llegamos a un momento determinado, aborda su motivación, aciertos y desaciertos, nos aporta las entrañas del hoy con el único fin de mejorar nuestras instituciones y por supuesto, la conducta de las personas.

En ese tenor, sin acudir a la historia, no se entendería la facultad sancionadora del estado, el origen de las penas, de las medidas cautelares y, por supuesto, la prisión preventiva oficiosa y su relación con los derechos humanos, estos últimos inalienables al hombre y que el Estado tiene obligación de garantizar.

## 1.1. Antecedentes.

La prisión preventiva es una consecuencia de la evolución de la pena, cuya función no es otra más que sancionar, de una forma para nada “humanitaria”, sin la debida aplicación de una sentencia proveniente de un procedimiento penal o criminal con apego a la justicia, donde se realizaban prácticas crueles que se utilizaron para castigar una conducta que en algunos casos no se había cometido.

La prisión, debe entenderse como una detención que busca, supuestamente, la reinserción de un sujeto a la sociedad, después de llevar un juicio justo y no como un castigo.

A pesar de existir tanta doctrina en materia penal, los orígenes de la prisión preventiva son inciertos, pues no existen elementos que determinen cómo surgió en el ánimo de los pueblos una sanción que consistiera en la privación de la libertad como una prevención; sin embargo, con base en el estudio de las leyes y de las civilizaciones se desprende, de alguna manera, como esta pena anticipada tomó fuerza a través de castigos corporales y de la pena de muerte.

Tratando con dichas prácticas generar o infundir temor en los miembros de la sociedad, lo que provocó el sometimiento de los mismos, terminando en actos de autoritarismo, sin tener derecho u oportunidad de recurrir o inconformarse.

En el antiguo Egipto e Israel existían prisiones; en el primero, con el surgimiento de las prisiones de estado que pertenecían al Faraón y, en Israel, por la influencia babilónica con la promulgación del decreto del Rey Artejes dado a Esdras, donde se instituyen castigos a la pena de muerte, el destierro, la confiscación de bienes y cárcel; también, en China (2600 a.C), en el libro sagrado del *Chou-King*, consta que el Emperador Yao se impone como el encierro en la prisión de *Yuchan*;

yma en el libro del *Lun-Yu* ya refiere la existencia y utilización de prisiones preventivas<sup>1</sup>.

Se puede identificar, desde un primer momento, que las prisiones operaban de forma arbitraria con respecto a sus castigos excesivos y, aunado a ello, no actuaban en pro de la reinserción, por el contrario, el control de las penas era férreo, vulnerando así la salud e integridad de los presos.

En la Grecia clásica únicamente se presentó la prisión por deudas como pena subsidiaria a su impago, como una modalidad coactiva cuya pretensión era inducir a pagar al moroso, y en cuanto quedaba cubierta la deuda, este quedaba en libertad; así como en Roma no se concebía la idea de la privación de libertad dentro de su catálogo punitivo, la custodia del reo era la única finalidad de la reclusión, sirviendo como cárcel procesal o como lugar donde mantener al condenado hasta la ejecución de la sentencia<sup>2</sup>.

Entonces en Roma tenemos un antecedente muy claro de lo que es la prisión preventiva que actualmente está vigente en nuestro país, pues este tipo de reclusión tenía la finalidad de que el imputado no se sustrajera de la justicia hasta en tanto se dictara una resolución por parte de la autoridad correspondiente.

Cabe hacer mención que, en la república de Roma, se permitió a los jueces penales imponer la prisión preventiva de manera discrecional, el problema, como en todo, es que se abusó en la aplicación de dicha medida cautelar, por lo que más adelante en la Ley de las Doce Tablas, y en virtud del principio de igualdad de

---

<sup>1</sup>VELAZQUEZ MARTÍN, Sergio, *Historia del Derecho penitenciario español*. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales [en línea]. Madrid. Universidad de Alcalá, 2017 [consulta: 18 septiembre 2022.]. Volumen: LXX, Tomo 70. ISSN: 0210-3001, pp. 387 - 444. 389 Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6930589>

<sup>2</sup> Idem.

oportunidades, la libertad del acusado empieza a tomar prioridad, ejecutándose, únicamente, contra delitos a la seguridad y a reos confesos.<sup>3</sup>

No obstante, el objetivo de la búsqueda de igualdad en la Ley de las Doce Tablas mediante la eliminación de privilegios no era del todo respetada debido a que en la práctica la balanza se inclinaba hacia el sector más privilegiado.

Así, existieron dos clases de prisiones, la *lutumiae*, en la que podían moverse libremente y la *lapidicinae*, en la que los presos permanecían encadenados. La más importante es la cárcel de Roma, la *Mamertina*, construida por el Rey Anco Marcio, en la que se desarrolló un calabozo subterráneo denominado *Tullianum*, que era una fosa con espesos muros y una bóveda cónica a modo de techo, en la que los presos eran descolgados mediante una cuerda.<sup>4</sup>

Cárcel *Mamertina*, ubicada en el subterráneo de la Iglesia de *San Giuseppe dei Falegnami*, en el Foro Romano.



Figura 1. Auci, Riccardo.

[https://historia.nationalgeographic.com.es/a/carcel-mamertina-roma-ha-sido-reabierto-publico\\_10539](https://historia.nationalgeographic.com.es/a/carcel-mamertina-roma-ha-sido-reabierto-publico_10539) 18-septiembre 2022.

<sup>3</sup> MARCELO Víctor R., Historia Universal de la Prisión Preventiva y la Detención Preventiva en el Derecho Penal Peruano [en línea]. En: *Derecho 911*. 9 de enero de 2017. [Consulta: 11 noviembre 2022] Disponible en: [http://derecho911.blogspot.com/2017/01/historia-universal-de-la-prision.html#\\_Toc471752081](http://derecho911.blogspot.com/2017/01/historia-universal-de-la-prision.html#_Toc471752081)

<sup>4</sup>VELÁZQUEZ MARTÍN, Sergio, op.cit.

Agujero circular, acceso a la cárcel subterránea



Figura 2. *Idem*

El espacio subterráneo del *Tullianum*, donde fueron reclusos los enemigos de Roma.



Figura 3. *Idem*

En estas imágenes podemos observar las condiciones inhumanas<sup>5</sup> e insalubres en las que se encontraron aquellas personas que presuntamente cometieron un delito, pues eran lugares hechos de piedra, oscuros y húmedos, en los que no tenían acceso a los más mínimos elementos de higiene personal, un lugar en dónde ni siquiera se pudiera pensar en derechos humanos, menos aún en la presunción de inocencia, sin embargo, tenían que esperar a que transcurriera el proceso para dictar una sentencia, que incluso, podría convertirse en cadena perpetua.

Aunado a lo anterior, existía una carente racionalidad bajo el principio de proporcionalidad entre el delito con respecto al castigo, toda vez que este último sobrepasaba los límites e incluso provocaba una saturación de los sitios en donde se encontraban los presos, incitando a la búsqueda de nuevos espacios para contener más presos de forma desmedida.

Desafortunadamente en la actualidad, no estamos lejos de la situación en la que vivió en ese tipo de cárceles, pues, en el penal ubicado en el municipio de Tepeaca, Puebla, por ejemplo, se tiene una capacidad de alojamiento de hasta 300 presos, sin embargo, esta se ha extralimitado debido a que en cada celda habitan, aproximadamente, 8 reos, cantidad exorbitante para la capacidad que de origen fue establecida para dicha prisión.

Existiendo, incluso, un punto de acuerdo en 2017 de la Cámara Baja del Congreso de la Unión, en el que se exhorta al entonces Gobernador de Puebla, a

---

<sup>5</sup> De acuerdo con el diccionario *Oxford Languages*, Inhumano, inhumana se define de la siguiente manera:

1. adjetivo. Que no se considera propio del ser humano por ser demasiado duro o difícil de soportar. "un sufrimiento inhumano".
2. [Persona] Que no tiene o tiene muy poca capacidad de sentir afecto, comprensión y solidaridad hacia las demás personas, ni siquiera cuando sufren.

[en línea] [consulta 19 enero 2023]. Disponible en: [https://www.google.com/search?q=inhumano&rlz=1C1ONGR\\_esMX1014MX1014&oq=inhumano&aqs=chrome..69i60j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=inhumano&rlz=1C1ONGR_esMX1014MX1014&oq=inhumano&aqs=chrome..69i60j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8)

realizar los ajustes presupuestales y administrativos necesarios para combatir dicho problema, sin que a la fecha exista una mejoría de dicha situación.<sup>6</sup>

Ahora bien, en lo que interesa a este trabajo, es importante realizar un esbozo de los antecedentes del viejo continente, ya que es en Europa donde grandes pensadores revolucionan el derecho penal pues lo vinculan con los derechos naturales de las personas, aunado a la influencia que tiene México de este continente por la conquista española.

De igual forma se atenderá a algunos países de América que se relacionan con el concepto de la prisión preventiva como una medida cautelar, con México para conocer su evolución hasta llegar a la reforma del sistema penal acusatorio, haciendo especial referencia a los antecedentes de la prisión preventiva en nuestro país.

### **1.1.1. Europa.**

En este punto se tomarán en consideración los antecedentes de la prisión preventiva en Europa; en primer lugar, porque son los países europeos los que colonizaron América, en los que se precisaron grandes interrelaciones tanto culturales, religiosas y económicas y en segundo término es en el que se cimentan los derechos humanos, con la detonación de la Revolución Francesa, que influyó en la independencia de Estados Unidos de Norteamérica y por supuesto con la de México.

Además, es donde una Alemania derrotada tras una guerra trata de resurgir en el periodo del tercer Reich con Adolfo Hitler al frente, que originó tras su derrota en la Segunda Guerra Mundial la unión entre distintos países, cerrando filas en defensa de los derechos inherentes al ser humano, como lo es la vida y la libertad.

---

<sup>6</sup> *La Jornada de Oriente*, [en línea] [consulta: 14 de enero de 2023]. Disponible en: <https://www.lajornadadeoriente.com.mx/puebla/hacinamiento-carceles-tepeaca/>

Donde se formalizan en la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948, en la que se acuerda que las libertades y derechos merecen una protección universal, con el objeto de que todas las personas puedan vivir con dignidad e igualdad, sin importar sexo, color, creencia, religión, etc.

Derechos que son la base en la que se deben dictar sentencias por parte de quienes administren justicia, que no se deben soslayar, anteponiéndolos siempre. Lo que en el transcurso del presente trabajo se abordará puntualmente, pues se demostrará que la medida cautelar de prisión preventiva sí vulnera y de manera inconcusa, los derechos de libertad y de presunción de inocencia, altamente protegidos.

Lo anterior bajo el entendido de que, si bien es cierto que a través del tiempo se ha reflejado cierta evolución con respecto a la no vulnerabilidad de los derechos humanos, no menos cierto es que aún hay mucho por hacer en cuanto al estudio y análisis de la medida cautelar de prisión preventiva en tanto a sus alcances y limitaciones aunado a una propuesta de mejora que permita establecer una eficiente operatividad y en consecuencia, mejores resultados.

Así las cosas, es precisamente en Europa donde se les da un giro a las sanciones de carácter carcelario, pues surge el derecho penitenciario en 1770 con la obra que se titula "*The state of prisons of England and Wales*", escrito por el autor John Howard y que es de gran influencia en América por el hecho de que Estados Unidos de Norteamérica era una colonia inglesa muy cercana a América Latina y en su mayoría los países americanos eran colonias europeas.

En él se describe el estado de las prisiones de Europa, y se propone una reforma al sistema en búsqueda de que los establecimientos carcelarios garanticen condiciones fundamentales para la vida humana y el desarrollo de los presos, que

van desde la higiene, clasificación de los presos de acuerdo al delito cometido, así como el aislamiento del preso en una celda.<sup>7</sup>

De igual forma porque en Europa el filósofo Jeremy Bentham crea el utilitarismo, en el que se prevé la mayor felicidad para el mayor número, esto es, que se debe elegir aquella acción de que se trate, atendiendo a la felicidad que cause.

Para este autor el principio está enfocado a la felicidad propia del individuo, es decir, toda acción será útil de acuerdo al placer que produzca o bien impida una pena mayor.

Aporta a este movimiento tres obras, el “*Panóptico*”, el “*Rationale punishment and rewards*” y “*Principles of penal law*”, en los que explica que el delincuente debe reinsertarse a la sociedad, no castigarse, previendo que los reos deben estar en un establecimiento circular y los guardias al centro para vigilarlos de manera constante.<sup>8</sup>

Es aquí donde se tiene un antecedente de la reinserción social, que en México los reclusorios tienen como finalidad, denominados “Centros de reinserción social (CERESO), toda vez que atienden, como objetivo primordial, el hecho de poder brindar una oportunidad de mejorar la integración del individuo que egresa de una prisión para reencontrarse con la sociedad fomentando así valores éticos y morales de respeto a la ley

Aunado a la prevención del delito como mecanismo que obligue a no cometer actos ilícitos y es aquí donde se sostiene y se mantiene que la medida cautelar de la prisión preventiva oficiosa para generar temor en la sociedad, lo que nos lleva a una práctica inquisitiva ya que el Estado al no realizar de manera adecuada la práctica de la prevención del delito prefiere someter a las personas imputadas a la prisión preventiva demostrando con ello un Estado fallido.

---

<sup>7</sup> CARO POZO, Felipe. *John Howard y su influencia en la Reforma penitenciaria europea de finales del siglo XVIII* [en línea]. Santiago de Chile:2013. EGUZKILORE [consulta: 07 noviembre 2021]. pp. 149. ISSN 02109700. Disponible en: <https://www.ehu.eus/documents/1736829/3202683/10-Caro.pdf>

<sup>8</sup> Idem.

Foucault, adiciona una visión del sistema de Bentham respecto de la arquitectura de las prisiones y propone entonces, que la construcción circular contenga una torre de vigilancia central, que permita observar al individuo de forma permanente sin que este pueda ver al vigilante, con un aislamiento total, esto es, sin que el reo pudiese convivir con otros reos ni con sus vigías; sin que esta forma de reclusión pueda considerarse como una reinserción.

En efecto, en Europa surgen las primeras prisiones, entonces llamadas *casas de corrección*, en países como Inglaterra, Holanda, Alemania y Suiza en los siglos XVI y XVII, consideradas el origen histórico de los centros penitenciarios actuales y en las que se implementó la medida cautelar que hoy se conoce como “prisión preventiva”, en donde recluían al imputado, hasta en tanto fuera dictada una sentencia<sup>9</sup>.

*Bridewell Palace*, ubicada en Londres, construida a orillas del río Fleet, cerca de New Bridge Street, tuvo como objeto ser residencia del rey Enrique VIII y durante ocho años, al principio de su reinado fue habitada por él, sin embargo, el rey Eduardo VI, la destinó para uso de orfanato y lugar de corrección para mujeres; por lo que, en 1556, se convirtió en la primera prisión y asilo de pobres, los cuales tenían ya un médico designado. Sus edificios se demolieron en 1863-1864.<sup>10</sup>

En 1556, parte de ella se había convertido en una cárcel conocida como Prisión Bridewell. Se reinventó con alojamientos y se cerró en 1855 y los edificios se demolieron en 1863-1864.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> CHECA RIVERA, Natalia. *El sistema penitenciario, orígenes y evolución histórica* [en línea] Master Universitario. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, enero de 2017, [consulta 11 noviembre 2022], p.137. Disponible en: <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/31992/TFM%20NATALIA%20CHECA%20RIVERA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>10</sup> *Palacio de Bridewell* [en línea] [consulta 18 septiembre 2022] Disponible en: [https://hmong.es/wiki/Bridewell\\_Prison](https://hmong.es/wiki/Bridewell_Prison)

<sup>11</sup> Idem.

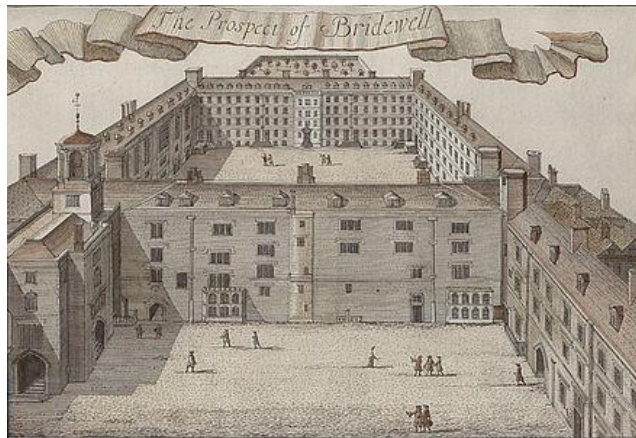


Figura 4 STRYPE, John. "La perspectiva de Bridewel".  
[https://hmong.es/wiki/Bridewell Prison](https://hmong.es/wiki/Bridewell_Prison). 18 septiembre  
2022



Figura 5 ROWLANDSON, Thomas y PUGIN Augustus. *The pass Room en Bridewell del microcosmos de Londres de Ackermann (1808-1811)* [https://hmong.es/wiki/Bridewell Prison](https://hmong.es/wiki/Bridewell_Prison). 18 septiembre 2022.

En la primera imagen se puede observar la locación de Bridewel, que se utilizó como casa de corrección para mujeres. En la segunda se observa uno de los salones en donde se les recluía.

Ámsterdam Brema y Hamburgo, proporcionan mayores antecedentes de las primeras prisiones que se fundaron, las cuales no tenía una finalidad penal, servían

de *medida cautelar*, se aseguraba con ellas la disponibilidad del reo hasta que se llevara a cabo el Juicio.

En este tipo de cárceles se obligaba a los trabajos forzados como rehabilitación y al mismo tiempo como fuente de sustento, lo que actualmente se vive en los centros de readaptación social, que, si bien ahora no son forzados, coinciden en realizar trabajos a cambio de una contraprestación por los frutos obtenidos.

En 1595 se estableció la primera Casa de Corrección holandesa en Ámsterdam. Los internos trabajaban la madera y en el antiguo convento de Santa Úrsula se constituyó la *Casa del Hilado*, funcionando como verdadero centro de readaptación.<sup>12</sup>

En España, durante los siglos XVIII-XIX, se instauraron otras casas de corrección como la de San Fernando del Jarama. Esta tenía dos acepciones, una jurídica, que utilizaba la pena para hacer sufrir al delincuente un daño igual o similar al que había ocasionado y otra paternal, en la que se trataba de corregir al reo, por tiempo indeterminado.<sup>13</sup>

La forma en la que operaba la justicia en ese momento en España es muy similar a lo que contemplaban Kant y Hegel en la teoría de la justa retribución que uno de sus objetivos era que el delincuente purgará un castigo similar al cometido como se verá más adelante.

Debe mencionarse que este tipo de reclusión no tenía una finalidad penal, sino más bien buscaba asegurar a la persona hasta en tanto se definía su situación procesal, esto es, previo a dictarse una sentencia favorable o no, propiciando que el individuo sufriera una pena antes de ser sentenciado, bajo un total desinterés y enajenación por parte de la autoridad, con el aparente objetivo de pretender imponer

---

<sup>12</sup> CHECA RIVERA, Natalia, op.cit.

<sup>13</sup> Idem.

justicia; así, se tiene otro antecedente de la medida cautelar de la prisión preventiva misma que no demostraba un panorama favorable en la práctica de la justicia penal.

#### **1.1.1.1. Francia.**

La Revolución Francesa debe y es considerada un hito en la historia, marca el fin de un régimen carente de Derechos en el que un monarca reinaba únicamente en su beneficio; comienza entonces una nueva era, la era contemporánea, en la que se anteponen los derechos de las personas y además sientan las bases del Estado que, a la fecha, están vigentes.

Es en Francia, el 26 de agosto de 1789, donde se realiza la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, en el que se proclama que a todos los ciudadanos se les debe garantizar los derechos de libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión, señalando en el artículo 1º que todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos.

La sociedad francesa se enfrentó a cambios culturales e ideológicos, cambió sustancialmente las relaciones económicas y sociales, y derivaron un entramado de leyes (derechos y obligaciones) con la finalidad de regular al Estado y sobre todo la conducta de las personas, mismos que permearon a otros países, presentando de esta forma un parteaguas evolutivo que marcaría tendencia a través del tiempo.

En los artículos 2, 5, 7, 8 y 9 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, de 26 de agosto de 1789, reproducida en la Constitución de 3 de septiembre de 1791, consta la exigencia de un daño social como requisito ineludible de todo delito, el principio de necesidad de la pena, el *nullum crimen nulla poena sine lege*, la irretroactividad de las leyes penales y la presunción de inocencia.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Portal CNDH México. Se aprueba la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano. [en línea]. [consulta: 18 septiembre 2022] Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/index.php/noticia/se-aprueba-la-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano#:~:text=El%2026%20de%20agosto%20de,las%20Naciones%20Unidas%20en%201948>.

El artículo 2° de dicha Declaración establece que cualquier asociación política tiene como finalidad la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, su numeral 5° establece que la ley sólo debe prohibir actos que sean perjudiciales para la sociedad, además que establece que nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido.

Ahora bien, cabe hacer mención que en enero y octubre de 1919, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante las tesis aisladas P/1919 (5a.) y P/1919 (5a.), estableció que nadie puede ser privado de sus posesiones y derechos, sino por una orden escrita de autoridad competente, y que la causa legal del procedimiento debe ir debidamente fundada y motivada, lo que se prevé en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Enfatizando lo que hoy se conoce como el principio de certeza jurídica que dota de una mayor investidura con respecto a la realización de los actos jurídicos más sustentados.

En lo que interesa, los artículos 7, 8 y 9 de la Declaración, son el preámbulo de los derechos de presunción de inocencia, debido proceso y libertad, al señalar que nadie puede ser acusado, arrestado o detenido salvo en los casos que estén previamente determinados por la ley.

Esto es, la ley debe tener tipificada una determinada conducta como ilícita, así y establecer penas estricta y debidamente necesarias, con lo que el juzgador no podrá imponer una sanción del tipo que sea o de acuerdo con lo que este dilucide y, por supuesto, establece que nadie puede ser declarado culpable y privado de su libertad hasta que no sea juzgado.

Por lo anterior surge “la cárcel”, con una acepción distinta, pues ahora es considerado un instrumento que humaniza las penas; pues se sustituye el castigo corporal por la privación de la libertad, incorporando elementos disciplinarios para la moralización de las clases subordinadas, eliminando aquellas penas que se

caracterizaban por ser claramente vejatorias, buscado entonces la reinserción del individuo a la sociedad.

Resulta muy notoria la evolución que genera la reconfiguración del concepto de cárcel, toda vez que presenta un avance significativo con relación a la privación de la libertad, dejando atrás las penas excesivas y la no proporcionalidad del castigo con respecto a la pena.

Fueron Voltaire, Montesquieu, Morelly, Howard y Beccaria, entre otros, quienes desarrollaron un interés por reformar la práctica judicial, pugnando por la eliminación del catálogo de delitos y los actos contra la religión y por la creación de criterios fijos para la administración de justicia, humanización de las penas y la aplicación de castigos proporcionales al delito, abriendo con ello la posibilidad de que el Derecho Clásico o Liberal se consolidara en el siglo XIX.<sup>15</sup>

A finales del siglo XVIII, surge la Escuela Clásica o Liberal del Derecho Penal, postulada principalmente por John Howard y Cesare Beccaria. El primero, Howard, señala las pésimas condiciones de las instalaciones penitenciarias, mientras que Beccaria, se impone por mayores garantías procesales, buscando una pena proporcional que se aleje de la simple y mera venganza y se pronuncia por el principio de legalidad.

Esta escuela se fundamenta en el derecho natural, considerado una de las concepciones más antiguas del derecho, sus principios están intrínsecamente relacionados con la naturaleza humana, no en voluntad normativa de autoridad alguna, son universales e inalienables; son prerrogativas que por el simple hecho de nacer son inherentes al ser humano, como es el derecho a la libertad, seguridad, justicia y por supuesto, el derecho a la vida.

---

<sup>15</sup>ENRÍQUEZ RUBIO HERNANDEZ, Herlinda. La Prisión Reseña Histórica y Conceptual. *Ciencia Jurídica Universidad de Guanajuato, división de Derecho, Política y Gobierno* [en línea] Año 1, no. 2 [consulta 18 septiembre 2022] Disponible en: [file:///C:/Users/aaa/Downloads/Dialnet-BreveResenaHistoricaYConceptualDeLaPrision-4216857%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/aaa/Downloads/Dialnet-BreveResenaHistoricaYConceptualDeLaPrision-4216857%20(2).pdf)

En tal sentido, el derecho natural está compuesto por aquellas leyes naturales superiores a las propias del estado. Estas últimas siempre deben ir en concordancia con los principios de las primeras a efecto de ser consideradas justas y deben basarse principalmente en una doctrina ética que preserva los derechos universales más allá del derecho positivo.

Esta escuela concibe el delito como un ente jurídico y la pena como un mal impuesto, supuso un cambio revolucionario en la ciencia del Derecho penal, da cabida a la fase correccionalista, al concentrar en la medición del tiempo el criterio de proporcionalidad.

De esta manera se establecía qué cantidad de tiempo, privado de su libertad, tendría que cumplir quien violaba el contrato social, ante el hecho de que el criminal es un sujeto que goza de libre albedrío, y que entonces, debe ser responsable de sus actos.

Pavarini señala al respecto que a cada conducta transgresora del consenso le corresponde, en justo rigor, un tanto de tiempo expropiado, de tiempo libre ausente de sentido útil para el delincuente, que deberá gastarse en el encierro.<sup>16</sup>

El primer antecedente al respecto se ubica en el código criminal francés o código penal de 25 de septiembre - 6 de octubre de 1791<sup>17</sup> en el cual se reducen los delitos sancionables con pena de muerte, se suprimen las mutilaciones y otras medidas que aún subsistían desde la fase vindicativa; ungió tres modalidades de privación de libertad; el calabozo, la *gêne* y la prisión.

---

<sup>16</sup> PAVARINI Massimo. *Control y Dominación, Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico* [en línea]. Argentina: Siglo XXI editores, 2002. [consulta 16 septiembre 2022] p. 37. ISBN: 968-23-1214-0. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina39912.pdf>

<sup>17</sup> GUZMAN DALBORA, José Luis. Código Penal Francés de 1791. *Revista de Derecho Penal y Criminología* [en línea] 2009 3ª época, no. 1 [consulta 18 septiembre 2022] ISSN: 1132-9955. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1-30410&dsID=PDF#:~:text=Quedan%20abolidos%2C%20para%20todos%20los,perd%C3%B3n%20y%20conmutaci%C3%B3n%20de%20penas.&text=Art%C3%ADculo%201.>

Al respecto, Foucault refiere que las sanciones privativas de libertad establecidas en el Código Criminal francés constituyeron la adopción en materia penal de un conjunto de principios y postulados de contenido político, ya que se orientaban al control de los individuos, independientemente del humanismo auspiciado por Beccaria y otros autores de identificación.

Ello, derivado de la fuerza del movimiento transformador en el que la Asamblea Constitucional consigue realizar cambios relativos a la igualdad, personalidad y dulcificación de las penas; supresión de la arbitrariedad judicial, tanto en la definición de los delitos como en la determinación de las puniciones; abolición de los delitos contra la religión y la moral; publicidad de los juicios; eliminación del juramento de los acusados; obligación de motivar y hacer públicos los fallos; institución del jurado<sup>18</sup>.

Césare Becaria, en su tratado de los delitos de las penas, establece que *la prisión es una pena que, por necesaria debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración de un delito*<sup>19</sup>. Con lo que se deja fuera la prisión preventiva hasta en tanto se dictara una sentencia.

Por lo que lo previsto en el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que por determinados delitos procede la prisión preventiva, aun cuando ni siquiera se ha probado la culpabilidad del imputado, como se demostrará a lo largo de este trabajo, contradice el principio de que la búsqueda de la realidad jurídica y la aplicación real del principio de presunción de inocencia, con relación a que no procede hasta que no se dicte una sentencia definitiva que recaiga sobre las personas.

---

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas* [en línea]. Madrid, España: Editorial Committee. 2015 [consulta: 7 noviembre 2021] p. 134. ISBN: 978-84-89315-76-1. Disponible en: <https://criminologiacomunicacionymedios.files.wordpress.com/2013/08/beccaria-cesar-tratado-de-los-delitos-y-de-las-penas.pdf>

Se debe tomar en cuenta que el principio de presunción de inocencia debería estar encausado a dejar atrás prácticas inquisitivas buscando un juicio justo apegado a los derechos humanos que evite el hecho de que por la mínima probabilidad de que un individuo sea culpable, este sea condenado sin antes haber llevado un debido proceso.

Para el autor, la prisión debería preverse en la ley y únicamente para determinados delitos, penas que no deben ser impuestas a juicio de un juez, con lo que establece un antecedente para normar las penas de conformidad con el delito cometido.

Asimismo, Beccaria manifiesta en su tratado que cuanto más grave sea un delito, la investigación debe ser más profunda para allegarse de todos los elementos necesarios, pero siempre disminuyendo el tiempo del examen, lo que aumenta la probabilidad de la inocencia del imputado, y debe crecer el de la prescripción, pues la sentencia definitiva depende extirpar las esperanzas de la impunidad, pues *“la pena de un delito no puede considerarse justa cuando la ley no ha podido evitarlo con los mayores medios a su alcance”*.<sup>20</sup>

Para este autor lo conducente es evitar los delitos, procurar que las legislaciones no deben castigar los delitos, sino que las leyes, simples y claras, debían tener la finalidad última de evitarlos; esta postura es parteaguas en la legislación y tratamiento respecto de la imposición de las penas, dejando atrás el hecho de que privar de la libertad a un individuo sea la solución a toda supuesta violación a la norma.

Así las cosas, surgen las prisiones de manera muy similar a lo que conocemos hoy en día, con los bemoles en la forma de impartición de justicia, pues sigue siendo el juez quien impone las medidas cautelares y decide finalmente el tipo de sanción a la que se es acreedor, basándose, supuestamente, en un catálogo de delitos que

---

<sup>20</sup> Ibid. p.138.

merecen prisión preventiva y que, a todas luces, de conformidad con la postura de Cessare Beccaria, son violatorias de derecho.

Vemos que lo manifestado por Cessare Beccaria fue una percepción totalmente visionaria, toda vez que llevó a cabo un análisis de los centros penitenciarios y que lamentablemente al día de hoy siguen siendo centros donde no es posible obtener la reinserción social por las malas condiciones que se han venido manifestando.

Así también se manifestó en contra de que hubiese un catálogo de delitos del cual el juez tomaba como base para dictar una sentencia condenatoria, que es lo que replica el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, mismo artículo que todavía le da vida de calificativo grave a otros delitos o leyes generales para ampliar el catálogo de delitos considerados como delitos en México.

En México se prevén muchísimos delitos graves, aun por encima de los que ya contempla la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; contrario a la postulación de Beccaria, quien se manifestó en contra de que exista un catálogo de delitos con una condena determinada, previo a ser tomados en consideración todos los elementos y datos de prueba.

Lo que contraviene los derechos humanos, pues no existe una presunción de inocencia, ya que en la mente del juzgador y en su concepción básica son delitos que deben determinar el procedimiento penal con una sentencia condenatoria, ya que las personas acusadas de cometer específicamente esos delitos se les impone la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa.

Por tanto, las personas que supuestamente cometen esos delitos no gozan del derecho de presunción de inocencia, sino más bien, llevan implícito la presunción de culpabilidad, sin que medie el principio de debido proceso como garantía, debiendo, entonces ser tratado como alguien que pueda ser inocente con respecto al delito que

se le acusa y no necesariamente como si este fuera culpable por el simple hecho de ser señalado de cometer un delito.

### 1.1.1.2. España.

España es otro de los países con gran influencia en México, esto en virtud de que, tras la colonización, tanto costumbres, religión y derecho se quedaron arraigados en el sistema mexicano, al ser colonia de estos durante trescientos largos años.

En ese sentido, para entender el desarrollo de la prisión preventiva en España, es necesario hablar del Medioevo, mismo que se erige como ejemplo de venganza y de la escenificación penal como castigo; derecho basado en la costumbre y en los juicios de Dios, carente de cualquier garantía judicial.

El desarrollo de la penalidad medieval en el mundo hispánico surge en la época de los visigodos, con el *liber Iudiciorum*, texto jurídico vigente durante los siglos VI y VII. La justicia se impartía por Duques, Condes, Jueces, los “*pacis asertores*”, que eran nombrados por el rey para un caso determinado, los jefes militares denominados *thiufadus*, *los obispos* y *los sacerdotes*, empero, no existía la prisión como pena.

Se utilizó con la finalidad de retener o custodiar a los presos hasta su enjuiciamiento, a excepción de casos muy específicos en los que el encarcelamiento se utilizaba para torturar al reo.

En esta época se promulgaron tres leyes referentes a supuestos relacionados con la prisión preventiva:<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. *Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles* [en línea]. Madrid: Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, 2007, [consulta: 8 de agosto de 2022] p. 31 ISBN 978-84-8150-280-0. Disponible en: <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/instituciones-penitenciarias/Arrestos-carceles-y-prisiones-en-los-derechos-historicos-espanoles-NIPO-126-10-030-8.pdf>

1. La primera ley se aplicó a aquellos que hubieran ayudado a fugarse a un detenido, declarando que la pena que se impondría sería similar a la del huido;
2. La segunda, regulaba los derechos de encarcelaje y gastos de custodia del reo, y
3. La tercera se centraba en las sanciones que se impondrían a los jueces so pena de dejar libres a los detenidos.

Durante el medievo, se previó la prisión cautelar o coactiva, ante la necesidad de otorgar un régimen jurídico privilegiado a los pobladores que se asentara en zonas reconquistadas, en la que surgen numerosas manifestaciones de la autotutela o justicia privada como la prenda extrajudicial o el encarcelamiento entre particulares, así como la aparición de instituciones jurídicas en las que los órganos en los que se delega la administración de justicia (jueces y alcaldes municipales), eran asistidos por particulares en proceso extraordinarios.<sup>22</sup>

Tras la invasión musulmana, se favoreció la utilización de prácticas procesales de carácter privado, se otorgó al grupo familiar facultades punitivas que pertenecían a las autoridades públicas, y dejan a los ciudadanos el ejercicio de ciertas obligaciones judiciales, como la detención y custodia de los detenidos, sin embargo, prevaleció su imposibilidad de aplicarlas con eficacia.<sup>23</sup>

En consecuencia, se impusieron otras garantías de comparecencia de carácter económico, como la prenda o la fianza procesal, lo que se difundió por todo el territorio convirtiéndose en un principio general del derecho la prerrogativa o libertad jurídica de carácter excepcional.<sup>24</sup>

En esta época no se diferenciaba entre un proceso civil o penal, es hasta el siglo XIII, con la influencia del Derecho Canónico cuando comienzan a definirlos y

---

<sup>22</sup> Ibid. p. 39.

<sup>23</sup> RAMOS VÁZQUEZ, Isabel, op. cit.

<sup>24</sup> Ibid. 40.

estructurarlos, pues solo existía un único proceso de carácter ordinario, con una serie de procesos especiales que no pueden ser considerados extraordinarios o excepcionales.

Durante los siglos XIII al XVIII, surgen las galeras, las cuales son un servicio que se prestaba al Rey, durante el Reino de Aragón y en la Ordenanza de Alcalá, en los barcos de guerra, de naturaleza penitenciaria, en las que se empleaban a los presos remeros como galeotes, quienes en su mayoría eran civiles que habían sido sentenciados por Tribunales y Audiencias Ordinarios, e incluso por el Santo oficio.<sup>25</sup>

En dichas embarcaciones utilizaban a los presos para que remaran en los galeones, ya que en caso de ataques la tripulación que pudiera verse lesionada o incluso morir, fueran los menos, por lo que era preferible poner a personas sentenciadas a cubrir dichas labores, así como las de servicio para las tropas.

Sanción que no fue exclusiva para hombres, sino que también se intentó aplicar en mujeres, misma que no prosperó en virtud de la condición biológica propia de la mujer, ante lo cual se continuó con penas medievales, como es la muerte, penas corporales e, incluso, el destierro.<sup>26</sup>

Lo anterior conllevó a crear sanciones penales distintas, con regímenes de trabajo forzado y con un lugar de encierro, con la finalidad de que las mujeres cumplieran con su sentencia, en las que se buscaba la corrección y enmienda de estas personas a través de la regeneración moral.

Es en la segunda mitad del siglo XIX, cuando en España presidio y cárcel se convierten en sinónimos, previo a esta etapa, en los presidios se cumplían penas de presión correccional, y en las cárceles se ingresaban a los presos preventivos y los

---

<sup>25</sup> VELÁZQUEZ MARTÍN, Sergio, op.cit. p.396.

<sup>26</sup> Ibid. p.397.

condenados a penas de arresto<sup>27</sup>, sin embargo, las cárceles integraron, principalmente en ese entonces, la prisión preventiva.

Es precisamente cuando los autores Bentham, Beccaría y Howard, entre otros, tratan sobre un sistema penitenciario más humanista, apegado a la dignidad humana, a la felicidad, atendiendo a la Codificación, en la cual, según el tratadista García Valdés, se produce el reconocimiento legal de la prisión como una pena sustantiva y no custodial.<sup>28</sup>

### **1.1.1.3. Alemania.**

Hablar de Alemania, es hablar de la mayor violación de derechos humanos, en razón de la Segunda Guerra Mundial; un momento muy oscuro en la historia de la humanidad, en virtud de las vejaciones y homicidios que sufrieron muchas personas tan solo por ser distintas, esto es por su origen étnico, racial e incluso creencias religiosas.

Sin embargo, previo al desarrollo de la Segunda Guerra mundial, nació en Alemania una concepción que se desarrolló de manera tal que marcó los estudios penales desde el siglo XIX hasta la actualidad, denominada “escuela, clásica”, considerada, “*la esencia de la Filosofía del Derecho Penal*, la cual se basa en el derecho natural, es decir, en las normas que tienen su origen en la naturaleza humana, entendiendo al criminal como un sujeto libre y responsable, y el delito como un ente de hecho.

Se basa en aspectos naturalísticos, basada en las ciencias de la naturaleza, que atiende a factores psíquicos y relativos a la causalidad, sus principales

---

<sup>27</sup> FIGUEROA NAVARRO, María del Carmen. *Los orígenes del penitenciarismo español*. España: Editorial Edisofer, S.L 2000. p. 50. ISBN: 9788489493322.

<sup>28</sup> LÓPEZ MELERO, Monserrat, Evolución de los Sistemas penitenciarios y de la ejecución Penal. *Revista pensamiento penal* [en línea] 2013 [consulta: 7 noviembre 2022] ISSN: 1853-4554. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/35621-evolucion-sistemas-penitenciarios-y-ejecucion-penal>

representantes fueron Cesare Beccaria, Giovanni Carmignani, Pellegrino Rossi y Francisco Carrara<sup>29</sup>.

Karl Binding, uno de los dogmáticos más significativos de la escuela clásica, englobó en unas cuantas palabras el significado de esta teoría “las prohibiciones mandan no causar; en cambio, los mandatos ordenan lo contrario: que se cause”. El injusto se mantuvo limitado al marco de los factores externos del hecho<sup>30</sup>, entendiéndose esto desde el punto de vista si se existe la voluntad de que se haga o se abstenga de algún acto, entonces la expresión o manifestación de la voluntad es un mandato.

Esto es, el sucesor del pensamiento de Kant y Hegel defendía la teoría absoluta del Derecho Penal toda vez que la pena se traduce en una pérdida de derechos o bienes jurídicos que el Estado impone de manera legal a quien ha delinquido.

En la década de los años veinte, se antepuso la escuela moderna de Liszt, conocida como teoría de la resocialización, en la cual la pena es considerada una justa retribución, por el hecho ilícito cometido.

Teoría que se mantuvo hasta la Segunda Guerra Mundial, pues a partir del Tercer Reich con Adolfo Hitler, surge el fascismo y construye un movimiento

---

<sup>29</sup> ÁLVAREZ DÍAZ DE LEÓN, Germán, Montenegro Núñez, María del Carmen y Manuel Martínez, José, Apuntes acerca de dos escuelas criminológicas: Clásica y Positivista, *TEXTOS DE APOYO DIDÁCTICO*, [en línea] 2012, México: UNAM, [consulta: 7 noviembre 2022] p. 5. Disponible en: [https://www.psicologia.unam.mx/documentos/pdf/publicaciones/Apuntes\\_acerca\\_de\\_dos\\_escuelas\\_criminologicas\\_Clasica\\_y\\_positivista\\_Alvarez\\_Diaz\\_Montenegro\\_Nunez\\_Manuel\\_Martinez\\_TAD\\_7\\_8\\_9\\_sem.pdf](https://www.psicologia.unam.mx/documentos/pdf/publicaciones/Apuntes_acerca_de_dos_escuelas_criminologicas_Clasica_y_positivista_Alvarez_Diaz_Montenegro_Nunez_Manuel_Martinez_TAD_7_8_9_sem.pdf)

<sup>30</sup> *STUDOCU. Evolución y Modernas Tendencia de la Teoría del Delito en Alemania, Argentina*, [en línea] Universidad Siglo 21, Abril 2008, [consulta 7 noviembre 2022] p. 4. Disponible en: <https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-siglo-21/derecho-penal-i/evolucion-y-modernas-tendencias-de-la-teoria-del-delito-en-alemania/17653534>

nacionalista extremista, basado en la militarización de los sectores sociales, la instauración del totalitarismo y expansión de fronteras nacionales.<sup>31</sup>

Es bien sabido que la Segunda Guerra Mundial resulta la más cruel de la historia. Misma que inicia el 1 de septiembre de 1939, tras asegurar la neutralidad de la Unión Soviética, firmado a través de un pacto de no agresión en ese año, Alemania invade Polonia, ante lo cual, el 3 de septiembre, Gran Bretaña y Francia responden con una declaración de guerra contra Alemania.

A grandes rasgos, en abril de 1940, tras la derrota de Polonia, las fuerzas alemanas invaden Noruega y Dinamarca, países que habían adoptado una postura de neutralidad, al igual que Francia. Este último permitió a través de una firma de armisticio, que Alemania ocupara la mitad norte del país, permitiendo también que se estableciera un régimen colaboracionista en el sur.

El 10 de mayo de ese año, Alemania ataca Europa Occidental e invade Holanda Bélgica y Luxemburgo, quienes habían adoptado una postura de neutralidad ante la guerra, al igual que Francia.

En este lamentable periodo, se recluía a las personas en campos de concentración sin que estos fuesen sentenciados por un Juez o Tribunal, simplemente por su raza, siendo los principales sujetos de esta pena los judíos, quienes tan solo por serlo eran recludos en dichos campos, obligados a ejercer trabajos forzados, incluso hasta morir y a utilizar triángulos codificados por color de acuerdo al origen de cada persona.

De igual forma, se recluían testigos de Jehová, homosexuales y prisioneros políticos, quienes no eran sujetos de pena de muerte, a diferencia de los judíos y romaníes, sino que a modo de castigos eran enviados a estos campos de concentración, sin que tampoco mediara un juicio, un procedimiento que llevara a

---

<sup>31</sup> *CONCEPTO*. [EN LÍNEA] [CONSULTA 16 ENERO 2023] DISPONIBLE EN: <https://concepto.de/segunda-guerra-mundial/>

una resolución en la que se sentenciara a estas personas a una pena privativa de la libertad.

Víctimas que fueron recluidas en guetos y campos de concentración totalmente insalubres, bajo los tratos más inhumanos inimaginables terminando en hornos de cremación y sin haber cometido delito alguno y sin que mediara un proceso jurídico.

Esta guerra culminó con los bombarderos atómicos sobre Hiroshima y Nagasaki en agosto de 1945. Las repercusiones de esta guerra fueron muchas, se alteraron las relaciones políticas y la estructura social del mundo, se crearon dos bloques a nivel mundial, el capitalista, liderado por los Estados Unidos y el comunista liderado por la URSS.

Ahora bien, deviene importante señalar a la Segunda Guerra Mundial en el presente trabajo, en virtud de que es en este periodo nazi, en donde la humanidad enfrenta actos, por parte de un Estado totalitario, a todas luces violatorios de derechos, pues como se mencionó ninguna persona con características distintas, para los del III Reich características inferiores a la raza aria, considerada superior, sin que se previera un juicio fueron recluidos, torturados y asesinados.

De igual forma porque es por esta guerra que los países se ocupan en contar con salvaguardar los derechos de las personas por el simple hecho de ser personas, sin importar raza, religión, preferencia sexual, sexo, etc., y entonces surge la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 24 de octubre de 1945<sup>32</sup>, y la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948<sup>33</sup>.

Es a partir de los años sesenta, cuando se retoma la teoría de la resocialización; sin embargo, actualmente se presentan ciertos indicios de un retorno

---

<sup>32</sup> Organización de las Naciones Unidas [en línea] [consulta 16 agosto 2022] Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/history-of-the-un>

<sup>33</sup> Naciones Unidas [en línea] [consulta 16 agosto 2022] Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

a la teoría absoluta, en virtud de las medidas de intensificación del combate contra la delincuencia; de la preocupación por aumentar el éxito en el esclarecimiento de los delitos, así como de la expansión de la prisión preventiva.

### **1.1.2. América Latina.**

La prisión como pena y como medida cautelar, no solo se presentó en Europa, también se presenta en América Latina, misma que es importante retomar en virtud de que México, como parte de centro américa ha estado vinculado históricamente, precisamente a proceso latinoamericanos, de ahí la relevancia de retomar los antecedentes de la prisión preventiva, empero, de manera general, en virtud de que el objetivo del presente trabajo no es hablar de la prisión preventiva en otros países, sino de esta medida cautelar en México y de la conculcación de derechos.

Este sistema de coacción a efecto de sancionar las violaciones a las normas está vigente en distintos gobiernos, como es el caso de Perú y Chile, los cuales han sido un gran ejemplo de la aplicación de estas, y por supuesto México.

Legislaciones que han llevado a la violación del derecho de presunción de inocencia, so pretexto de una posible sustracción de la justicia, privando de la libertad a la o las personas que estando aún en etapa de investigación, sin contar con una sentencia, se les impone dicha medida cautelar.

#### **1.1.2.1. Perú.**

En el caso de Perú, la Prisión Preventiva fue regulada por distintos códigos de enjuiciamiento penal, buscando que se adaptara en cada momento al surgimiento de los diferentes delitos que se presentaban, códigos que contemplan esta medida cautelar, entre los que destacan el Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal de

1920, Código de Enjuiciamiento en Materia Penal, 1983; y finalmente el Nuevo Código Procesal Penal de 2004.<sup>34</sup>

Es el Código Procesal Penal de 1991, que prevé el cambio de un modelo inquisitivo-acusatorio a uno meramente acusatorio, el artículo 135 de dicho ordenamiento, contempló que, para estar en condiciones de implementar la medida cautelar de prisión preventiva, era necesario que se probara fehacientemente la intención de eludir a la justicia.

Ahora bien, en el Código Procesal Penal de Perú de 2004, el cual contiene el mandato de detención judicial que estaba regulado en el numeral 135 del Código Procesal Penal de 1991, al igual que en el código de 1940, se prevé que el inculcado, a efecto de rendir su declaración instructiva sería detenido de manera provisional, para luego ser puesto en libertad.

La reforma del año 2004 resulta familiar a la de 1991, sin embargo, existe una notable diferencia, la cual consiste en que el juez penal puede dictar dicha medida cautelar de manera oficiosa, esto es, sin la intervención o requerimiento fiscal de prisión preventiva, y sin que se realizara una audiencia para debatir de manera oral y contradictoria la concurrencia o no de los requisitos materiales que se tienen que actualizar para imponer dicha medida preventiva.

Finalmente, la reforma de 15 de junio de 2021 prevé en el artículo 485 la prisión preventiva como una medida de coerción, en su segundo párrafo establece que, en caso de que el imputado no se presente voluntariamente a la audiencia, podrá hacersele comparecer por medio de la fuerza pública y de ser necesario se ordenará la prisión preventiva hasta que se realice y culmine esta.

---

<sup>34</sup> JUÁREZ VEGA, Carmen Correa Chávez, José Jesús y Espinoza González, Juan Ricardo. *Prisión Preventiva Oficiosa en México, Su Inconvencionalidad*. México: Editorial Flores, 2020. p. 16. ISBN: 978-607-610-757-7.

De lo anterior, es evidente que la prisión preventiva en Perú es utilizada como una medida meramente cautelar, y solo en caso de que se advierta que el imputado tiene todas las posibilidades e intenciones para evadir la justicia.

#### **1.1.2.2. Chile.**

Otro referente importante se encuentra en Chile, ello en virtud de que la legislación mexicana es una copia del código penal chileno, pues retoma casi en su totalidad las figuras procesales y sustantivas del derecho penal acusatorio.

Ahora bien, básicamente en la Constitución promulgada el 08 de agosto de 1818, en el capítulo primero, denominado "*De los derechos del hombre en sociedad*", contempla la libertad e igualdad civil, seguridad individual, impedimento para ser castigado o desterrado sin antes ser oído y legalmente reconocido de algún delito contra la sociedad.

En el artículo 3° se prevé la presunción de inocencia, que establece que todo hombre se reputa inocente, hasta que legalmente sea declarado culpable.

Asimismo, en su numeral 4, se contempla la prisión en aquellos casos en los que, según el delito, podía ir preso y, cuando había antecedente de prisión, incluso, ser embargado.

Posteriormente, en la Constitución Política del Estado de Chile, promulgada el 30 de octubre de 1822, en su artículo 202, se prohíbe poner preso a cualquier ciudadano por delito que no merezca pena corporal o de destierro, sin que preceda mandamiento de prisión por escrito, notificada en el acto de ella; y en el artículo 208, obliga al Estado a que, antes de 48 horas, debe dar a conocer el motivo de su detención a todo preso.

En la Constitución de 25 de mayo de 1833, en el Capítulo X, denominado "*De las garantías de la seguridad y propiedad*", en el numeral 137, indica que nadie

puede ser preso o detenido, sino en su casa o en los lugares públicos destinados a este objeto.

Aunado a lo anterior, el artículo 138, prohíbe a los encargados de las prisiones recibir en ellas a nadie en calidad de preso, sin copiar en su registro la orden de arresto emanada de autoridad que tenga facultad para ello, pudiendo recibir, en la prisión, a los que fueren conducidos con el objeto de ser presentado al juez competente, con la obligación de dar cuenta a él dentro de las 24 horas siguientes.

A partir del año 2000, Chile contempla un nuevo sistema penal, uno acusatorio, oral y público, al igual que Perú y México prevé la prisión preventiva como medida cautelar, contenida en el artículo 33 de su Código Procesal Penal, en el que se especifica que en caso de que el imputado no comparezca será detenido o sometido a prisión preventiva, hasta la realización de la actuación respectiva.

Asimismo, en el artículo 139 de la normatividad en cita, esta procederá cuando las demás medidas cautelares fueran estimadas por el juez como insuficientes.

El caso de Chile es muy similar a los casos de Perú y México, como se verá más adelante. Esta medida cautelar está prevista en las Constituciones, leyes y códigos respectivos con la única finalidad de asegurar que el imputado no se soslaye de la justicia.

### **1.1.2.3. México.**

La Prisión Preventiva en México encuentra sus orígenes en la época precolombina, en la que contemplaba la privación de la libertad de las personas por haber cometido una falta, la que incluso era sancionada con la muerte y el sacrificio.

En esta época existían diversas cárceles que los aztecas empleaban para que, aquellos a quienes se juzgaban delincuentes, purgaran sus culpas, el *Cuahcalli* (Casa de Madera) y el *Petlacalli* (Casa de Petates). En el *Cuauhcalli*, situado en el actual hospital de San Hipólito, en el centro de la Ciudad de México, se ubicaban a

los presos que cometían delitos considerados graves, la prisión duraba mientras se sentenciaba al juicio o se cumplía la pena corporal. En el *Petlacalli*, se encontraban los que habían cometido faltas leves, y por ende no estaban sentenciados a la pena de muerte.<sup>35</sup>

Gustavo Malo Camacho, establece que en esta etapa las cárceles fueron consideradas como “un lugar de detención”, mientras se aplicaba la pena que, frecuentemente, era la muerte.

Explica que entre los aztecas existieron dos cárceles: el *Teilpiloyan*, como prisión menos rígida, principalmente para deudores y el *Cuauhcalli*, para personas cautivas mientras esperaban la pena capital, en la que hacían sentir al prisionero dolor y sufrimiento previo a la muerte; diferenciándose estas del *Malcalli*, que era una cárcel especial para prisioneros de guerra que serían sacrificados a los dioses en ceremonias religiosas, y, finalmente, el *Petalco* o *Petalcalli*, en el que se encerraban individuos relacionados con faltas leves.<sup>36</sup>

Dicho autor, manifiesta que, en el *Tecpilcalli*, se reunían los guerreros principales para juzgar a sus colegas que habían cometido el delito del adulterio; si los encontraban culpables les sentenciaban a morir lapidados; los nobles se juzgaban en la casa llamada *Tlacxilan*; en cambio, los macehuales ocupaban la casa llamada *Teccalli*.

Lo anterior, permite comprender que desde la época precolombina existían las cárceles, en una modalidad distinta a la de hoy en día, pero cada una de ellas estaba debidamente delimitada y destinada para cierto tipo de detenido y delito, predestinadas a un determinado castigo o bien, para detener y retener personas que

---

<sup>35</sup> *Komoni.mx*, [en línea]. [consulta 29 noviembre 2019]. Disponible en: <https://komoni.chemisax.com/prisiones-jueces-y-delitos-entre-los-mexicas/>

<sup>36</sup> MALO CAMACHO, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano* [en línea]. 5ta Edición. México: Editorial Porrúa 1998. [consulta: 30 noviembre 2021]. p. 623. ISBN 970-07-4222-9. Disponible en: <https://corporativojuridico-aragon.com.mx/gallery/derecho%20penal%20mexicano%20by%20gustavo%20malo%20camacho.pdf>

serían sacrificadas en ofrenda a los dioses, con la diferencia de que estos últimos tenían un trato favorable.

El escritor Fernando A. Barrita López señala que tras la conquista de México se aplicaron diversas leyes para la entonces Nueva España, como la recopilación de leyes de los reinos de Las Indias, cuyo título Diez regulaba la prisión, como se describe a continuación:

*“De las cárceles y carceleros: Ley XX. Que el preso en quien se ejecutare pena corporal no se ha vuelto a la cárcel por costas, ni carcelaje.*

*Mandamos, que después de ejecutadas penas corporales en los presos, de azotes, vergüenza pública o clavar la mano o semejantes, no sean vueltos a la cárcel..., y luego donde se acabará la ejecución, sean sueltos... y si el alguacil lo volviere a la cárcel, el carcelero lo recogiere para el efecto susodicho, incurra en pena de un ducado para los presos de aquella cárcel”<sup>37</sup>.*

En ese sentido, se observa que existía una regulación totalmente precisa para la Prisión Preventiva, con la salvedad de que la percepción de esta es evolucionada, esto es, conlleva un sentido humanista y civilizado, haciendo a un lado las prácticas inhumanas de la época precolombina.

De la misma forma, Gustavo Malo Camacho explica lo siguiente:

*“En España..., la prisión no fue considerada como pena si no, que fundamentalmente fue lugar de detención hasta en tanto era aplicada la pena correspondiente. Así lo recogió el fuero Juzgo (libro III, Título IV, leyes 3 y 4) y las leyes de estilo, así como las Particuloidas (particuloida VII, Título XXIX, ley 4), que, en lo general, observaron un criterio cercano al recogido en el Digesto, (48, 19,9).*

*Se expresaba así en las particuloidas, ‘echar alguno come en fierros que llega siempre preso en ellos o en otra prisión” “non la deben dar a orme libre si non a ciervo ca la carcer*

---

<sup>37</sup> BARRITA LÓPEZ, Fernando A., *Manual de Criminología*, México 1996. Editorial Porrúa. p. 227. ISBN: 978-970-077-1111-3

*non es dada para excarmentar los yerros más para guardar los presos tan solamente en ella hasta que sean juzgados”*<sup>38</sup>

Raúl Carranca Trujillo y Raúl Carranca y Rivas, hacen referencia a la época colonial dentro de la recopilación de las leyes de los reinos de las Indias de 1680, cuerpo normativo que, en gran medida, reguló las relaciones sociales en la Nueva España en el *Título III, nueve leyes, de los casados y desposados en España e Indias, que están ausentes de sus mujeres y esposas*, materia solo incidentalmente penal, ya que podía sujetarse a prisión a los que habían de ser devueltos a la metrópoli en tanto se les embargaba para reunirse con sus conyugues.<sup>39</sup>

De igual manera, dichos autores, con respecto a las diversas leyes que aplicaban en la época colonial, refieren Las Siete Partidas y hacen mención del Título XXIX, sobre la guarda de los presos, el cual, establecía la Prisión Preventiva y dicta el orden del procedimiento penal.<sup>40</sup>

Fernando A. Barrita López señala que, en la Santa Inquisición, tras la llegada del doctor Don Pedro Moya de Contreras a México como inquisidor mayor de la Nueva España y comisionado para establecer el Santo Tribunal de la Fe, que en el edicto de 1579 de la Santa Inquisición, prevén a la cárcel como penitencia, mas no como medio preventivo, con la finalidad de dar penitencias saludables a sus ánimas, sin penas de muerte, ni cárcel perpetua, con lo que sus bienes no eran tomados ni ocupados por los delitos que confesarán.

Por lo tanto, la cárcel comienza como una pena o sanción a un delito cometido por aquellos considerados herejes, con el fin de que expiaran sus culpas por las faltas cometidas. Las cárceles del santo oficio iban desde la secreta, en donde

---

<sup>38</sup> MALO CAMACHO, Gustavo, op.cit. p. 623.

<sup>39</sup> CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y otros. *Derecho Penal Mexicano. Parte general*. Vigésima Edición. México: Porrúa 1999. p.118. ISBN: 978-607-0914-690.

<sup>40</sup> Ibid. p.120.

permanecían los reos incomunicados, hasta la sentencia definitiva, y la perpetua o de misericordia, en donde pasaban a los que a ella estaban condenados <sup>41</sup>

La propia Iglesia, envió a dos monjes dominicos, Heinrich Kramer y Jacobus Sprenger, durante el papado de Inocencio VIII, un 9 de diciembre de 1448, primer año del pontificado, con el fin de que estos investigaran delitos relacionados con la brujería de las provincias del norte de Alemania, quienes crean el *Malleus Maleficarum* (El martillo de los brujos), que es un manual y autoridad final para la inquisición en la lucha contra la brujería, cuyo único objetivo era erradicar la herejía; monjes que fueron nombrados inquisidores con poderes especiales mediante una bula papal.<sup>42</sup>

Libro basado en teorías en autores como San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Aristóteles y Cicerón, encuentra una debida fundamentación y, sobre todo, motivación. prevé todas las formas de Herejía, mismas que serían castigadas, y al centro a la mujer como la causante de todas las relaciones que pudieran existir entre el diablo y los pobladores, por lo que se puede asegurar que se trata de una especie de código penal, en el que se describe la conducta y se tipifica, de acuerdo al delito cometido en contra de la fe católica

Gustavo Malo Camacho reseña que las cárceles de la inquisición que funcionaron en relación con el tribunal del santo oficio fueron la cárcel de la secreta, a la que se llegó a referir como “la Bastilla Mexicana”, según recordaron en su momento Orozco y Berra y, posteriormente, Rivera Cambas; y la “sentencia de cárcel y hábito”, a ejecutarse en el propio domicilio y se aplicó el sambenito, que no era otra cosa que una prenda utilizada para señalar a los condenados por el tribunal, convirtiéndose en el símbolo de la infamia.

---

<sup>41</sup> BARRITA LÓPEZ, Fernando A., op.cit. p.228. 3

<sup>42</sup> KRAMER, Heinrich y otro. *Malleus Maleficarum: El martillo de los brujos*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Orion. 1975.

El santo oficio en su procedimiento funcionó con base en el principio del “secreto” en sus diligencias (lo que fue el alma de la inquisición), implicó la concentración de la acusación y la función jurisdiccional en el mismo órgano, y prevaleció hasta 1820<sup>43</sup>.

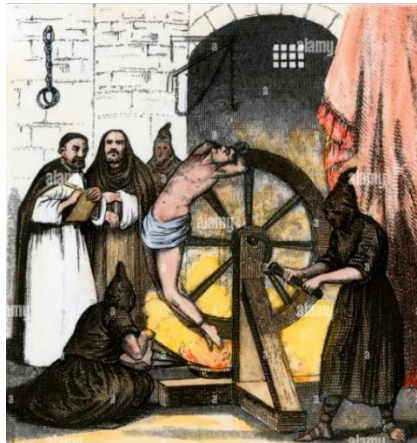


Figura 6. ALAMY. Hereje torturado durante la Inquisición [consulta 04 noviembre 2022]. Disponible en <https://www.alamy.es/foto-hereje-torturado-durante-la-inquisicion-grabado-pintado-a-mano-26749416.html?imageid=D93F566C-157E-4FBA-8109-8351E34C0EB3&p=15096&pn=1&searchId=c0453f3adacfa0bc1ba7bafd82bbd417&searchtype=0>

Los inquisidores tenían la consigna de perseguir herejes, a los que se les negó toda acción de defensa, por lo que eran sentenciados –en su gran mayoría- por recaer la función persecutora junto con la decisoria en una sola persona, característica propia de la inquisición, así como el secreto y tratos degradantes a los detenidos<sup>44</sup>. Destacándose esta época por la violación, excesiva, de los derechos humanos.

La pena máxima era ser quemados en la hoguera, castigo común para los sentenciados por casos de herejía, hechicería y de judaizantes, lo que al no haber sido sujetos a un proceso en el cual se demostrara su culpabilidad fue totalmente violatorio de derechos, pues, incluso, los sospechosos de herejía eran recluidos y

<sup>43</sup> MALO CAMACHO, Gustavo, op.cit. p.625.

<sup>44</sup> JUÁREZ VEGA, Carmen, CORREA CHÁVEZ, José Jesús, ESPINOZA GONZÁLEZ, Juan Ricardo, op. cit. p. 25.

sujetos a tortura con la finalidad de que confesaran su crimen y no se sustrajeran de la justicia eclesiástica.

De lo anterior se puede inferir, que estamos frente a una especie de prisión preventiva, con la diferencia de que al ser torturados eran obligados a declarar, o bien, acusados de herejía *post mortem*, en caso de que no soportaran dichos castigos, lo que se suscitaba la gran mayoría de las veces, como es bien sabido.



Figura 7. RIVERA, Diego. Dibujo acerca de la Inquisición. [consulta: 04 noviembre 2022] Disponible en <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/mochilazo-en-el-tiempo/como-operaba-la-inquisicion-en-la-nueva-espana>

La imagen anterior hace referencia a la pena de muerte por combustión - considerada uno de los castigos más severos, sin embargo, no era la iglesia la que lo aplicaba, esta únicamente se constrictó a emitir sentencias- misma que era aplicada, con la finalidad de que expiaran sus pecados.

Finalmente, el 8 de diciembre de 1812, se decretó por parte de las cortes generales y extraordinarias la abolición de la Inquisición, decreto que se pronunció

en México al año siguiente. Sin embargo, fue hasta 1820 que quedó abolida, en definitiva<sup>45</sup>.

Fernando A. Barrita López, en su libro *Manual de Criminología*, señala que Don Bernardo Bonavia, en su carácter de intendente y comandante general de Durango, ya en la época del México Independiente, ordenó al coronel Pedro María Allende y Saavedra, la notificación de una sentencia a reos que se encontraban bajo custodia, cuyo carácter fue meramente preventivo para resguardar a las personas sentenciadas que esperaban la ejecución respectiva<sup>46</sup>, encontrándose un antecedente más de la Prisión Preventiva en nuestro país.

Igualmente, Sergio García Ramírez, en un artículo publicado en el boletín mexicano de derecho Comparado, señala que México a raíz de lograr su independencia de España pasaba por muchos problemas como nueva República, sin tener tiempo de crear leyes penales y de justicia necesaria dadas las luchas internas.

Enfocándose en preparar leyes constitucionales aplicadas por poco tiempo y bajo ciertos supuestos, por lo que el gobierno naciente heredó diversas costumbres ejercidas por la corona, así como las prisiones que desocuparon los juzgadores y los adversarios y perseverando, entre ellas, hasta el siglo XX, la cárcel de la Acordada, en la que había una mezcla de presos, pues no se tomaban en cuenta las características particulares, ni la naturaleza de los delitos.

Las disposiciones comunes de la época virreinal se mantuvieron hasta entrado el siglo XIX; se observó que en el México Independiente se aplicaron las disposiciones penales de la Novísima recopilación y la Nueva recopilación, las Siete

---

<sup>45</sup> *México Desconocido*, [en línea] [consulta: 4 noviembre 2022] Disponible en: <https://www.mexicodesconocido.com.mx/la-inquisicion.html>

<sup>46</sup> JUÁREZ VEGA, Carmen CORREA CHÁVEZ, José Jesús, ESPINOZA GONZÁLEZ, Juan Ricardo, Op. Cit. pp. 26.

Partidas e incluso, el remoto fuero juzgo, y se acogió la tradición colonial de los presidios.<sup>47</sup>

Es necesario mencionar la Constitución de 1857, la cual, en su artículo 18, se establece que la prisión se aplicará sólo por delito que merezca dicha pena corporal, que, en cualquier estado del proceso, en el que se desprenda que no se puede imponer dicha pena, se pondrá en libertad bajo fianza.<sup>48</sup>

En definitiva, a pesar de que ya existía la prisión desde la época precolonial, el término de prisión realmente se puede ver plasmado como tal, en la Constitución hasta ese momento.

Así tenemos que en la Constitución de 1917 en su artículo 20 fracción I, prevé que siempre que un delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner una suma de dinero a disposición de la autoridad u otra caución suficiente, podrá solicitar de manera inmediata su libertad bajo fianza hasta de diez mil pesos, dependiendo del delito, y la autoridad deberá otorgarla.

Ahora, la primera reforma al artículo 18 constitucional fue en 1964, estando de presidente de la República Mexicana Adolfo López Mateos, en esta se propone agregar un tercer párrafo, consistente en: *“Los gobernadores de los Estados, con la previa autorización de sus legislaturas, podrá celebrar convenios con el ejecutivo federal para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan sus condenas en establecimientos penales de la Federación”*<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El sistema penitenciario siglos XIX y XX. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1999, Nueva serie, año XXXII, num. 95, México. [en línea] [consulta: 27 octubre 2020]. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3589/4323>

<sup>48</sup> JUÁREZ VEGA, Carmen CORREA CHÁVEZ, José Jesús, ESPINOZA GONZÁLEZ, Juan Ricardo, Op. Cit. p. 27.

<sup>49</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit.

Ya debidamente delimitadas las instituciones jurídicas, Jesús Zamora-Pierce sostiene que la primera interpretación que se dio al texto Constitucional se fijaba como límite para la obtención de la libertad una pena máxima de 5 años.

Consecuentemente, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1931, en su artículo 556, se dispuso: “*todo acusado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, siempre que el máximo de la sanción corporal correspondiente al delito imputado no exceda de 5 años de prisión*”.<sup>50</sup>

En cuanto a la reforma de 1993, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993, durante el sexenio de Carlos Salinas de Gortari, el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, preveía las garantías que el inculpado tendría en todo proceso de orden penal:

1. Inmediatamente que se solicitara, el Juez deberá otorgar la libertad bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto de la reparación del daño y sanciones pecuniarias.
2. Que no se trate de delitos graves que expresamente la ley prohíba ese beneficio.
3. El monto y la forma de caución tienen que ser accesibles para el inculpado.
4. En circunstancias especiales, la autoridad podrá disminuir el monto de la caución.
5. En caso de que el inculpado incumpla con las obligaciones que se deriven, en razón del proceso, el juez podrá revocar la libertad provisional.

Con esta reforma se prevé que todas las personas tienen *todas las garantías* y que el Estado tiene la obligación de respetar a los inculpados en el procedimiento penal, pues contiene una redacción más garantista el procedimiento penal, toda vez que cualquier acusado tenía el derecho de llevarlo en libertad, con la excepción del entendido de gravedad, pues solo en ese caso no se otorga el beneficio de mérito.

---

<sup>50</sup> ZAMORA-PIERCE, Jesús. *Garantías y procesos penales*. México: Editorial Porrúa. 2000. p. 164. ISBN 968-432-978-4

Posteriormente, mediante decreto publicado el 21 de septiembre de 2000, en el Diario Oficial de la Federación, el artículo 20 apartado A, fracción I, agregó que, en casos de delitos no graves, cuando el inculpado ya haya sido condenado por algún delito grave, o bien que el Ministerio Público aporte elementos que generen incertidumbre de que sea un riesgo para el ofendido o sociedad, se podrá negar la libertad provisional.

Esta reforma permitió precisar con mayor detalle el derecho a la libertad caucional, pues pormenorizan los supuestos de procedencia y los de excepción, las posibilidades de que el órgano judicial pueda revocar, bajo determinadas circunstancias, la libertad concedida.

En este sentido, el justiciable debe ser conocedor de que puede obtener su libertad bajo caución, para lo cual, el órgano jurisdiccional o el ministerio público, debían hacerle saber de tal garantía y los montos que al efecto se fijaran, la cual contempla tres rubros:

- a. La reparación del daño;
- b. Las posibles multas o sanciones pecuniarias, y
- c. El monto que garantice las obligaciones del imputado, en razón del proceso.

## **1.2. Escuela Clásica y principios teóricos.**

Es una corriente cuyo principal representante fue Cesare Bonesana, mejor conocido como el Marqués de Beccaria. Esta surge con el tratado de los delitos y las Penas, en la Revolución Francesa. Entre los pensadores cuya obra dio origen a esta escuela, entre otros, son: Romagnosi, Hegel, Rossi y Camignani; pensadores que emitieron los postulados siguientes<sup>51</sup>:

---

<sup>51</sup> AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G. *Derecho Penal*. Cuarta Edición. México: Editorial OXFORD, 2012. p. 5. ISBN: 978-607-426-275-9.

- a. Libre albedrío. Establece que todos los hombres nacen con igualdad para actuar conforme a derecho, de manera que quien lo contraría lo hace a su libre elección; además se niega el determinismo, el fatalismo o la predisposición hacia el delito;
- b. Igualdad de derechos. El hombre nace igual en cuanto a sus derechos, por lo cual, la ley debe aplicarse de la misma manera a todos los hombres.
- c. Responsabilidad moral. Al nacer el hombre con libre albedrío, puede escoger libremente entre el bien y el mal, la responsabilidad es de tipo moral;
- d. El delito como eje y como entidad jurídica. El punto de partida de la problemática penal lo constituye el delito, que es una entidad meramente jurídica; así, importa más lo objetivo que lo subjetivo. La manifestación externa constitutiva del delito es lo que interesa, independientemente de las circunstancias internas, con base en el delito, debe castigarse al delincuente.
- e. Pena proporcional al delito. La pena debe ser un castigo directamente proporcional al delito cometido, y previamente señalada en la Ley;
- f. Clasificación de los delitos. Los delitos conllevan un tipo de clasificación.

En esta corriente consideran que las personas tienen la elección de hacer o no hacer, ya que están en igualdad de derechos que los demás, por lo tanto al cometer un delito, este debe de ser sancionado en igualdad al acto cometido, por lo que dicha sanción debe de ser proporcional y estar contemplada en la ley así como su debida clasificación.

Lo que se resume de la siguiente manera:

- a. El delito es una declaración jurídica. Quien infringe una norma jurídica da lugar a la configuración de un delito. El delito no existe sino se da previamente una norma de derecho.

- b. Con la pena que es la consecuencia del delito, se pretende restablecer el orden violado; luego entonces, el castigo debe ser proporcional al daño causado.
- c. La responsabilidad penal del individuo es fruto de su libre albedrío. El hombre, para los clásicos, es libre de elegir entre el bien y el mal.

### **1.3. Escuela Positiva y principios teóricos.**

Contraria a la escuela clásica, sus bases son científicas y que corresponden a las ciencias naturales, los principales seguidores son Enrico Ferri, Rafael Garófalo y César Lombroso<sup>52</sup>.

- a. Niega el libre albedrío. Afirma que el hombre no escoge libre y consiente el mal sobre el bien; dado que es un ente natural e incluso con anormalidades que evitan su sano y libre discernimiento. Afirma que hay hombres
- b. Responsabilidad social. La responsabilidad no es moral, es de tipo social. La sociedad debe tomar las medidas necesarias para prevenir el delito ante la predisposición de las personas de cometerlos.
- c. Delincuente punto central. El delincuente es el objeto de estudio, el delito es la consecuencia de la conducta de las personas.
- d. Pena proporcional al estado peligroso. Se niega que la pena tenga o deba tener proporcionalidad directa con el delito.
- e. Prevención. Antes de la represión, se debe prevenir el delito.
- f. La medida de seguridad es más importante que la pena. Se considera que se deben aplicar medidas de seguridad para evitar las penas, en virtud de la peligrosidad y caracterología específicas del sujeto
- g. Clasificación de delincuentes. No se clasifican los delitos, sino los delincuentes, en atención a su peligrosidad, características sociales y psicológicas.

---

<sup>52</sup> Idem.

- h. Sustitutivos penales. Se proponen sustitutivos penales para evitar las penas.

Esto se resume en tres puntos:

- a. El delito es un ente de hecho. No una elaboración jurídica.
- b. A través de la pena se busca rehabilitar a la persona, no castigar.
- c. El fundamento de la responsabilidad es la peligrosidad del sujeto, no las características del delito.

Al ir en contra de la escuela clásica niega el libre albedrio manifestando que la persona no tiene decisión por sí misma, no discierne del bien y el mal, y que por tal motivo la sociedad debe de tomar las medidas adecuadas para evitar los delitos, así como que el delincuente es justo el punto medular a tratar.

También manifiesta que dicha conducta que no se escoge por falta de albedrio o entendimiento es lo que provoca los delitos y ante esa falta de entendimiento la pena no debe de ser proporcional, sino al grado de peligrosidad que implique el delincuente, por lo que la autoridad debe de realizar la prevención del delito antes de que este ocurra.

En ese sentido la seguridad es lo más importante, para evitar sanciones más altas y como tal se hace más una clasificación de los delincuentes por cuanto hacen a su actuar y sus características sociales, que una clasificación de los delitos, concordando con todos esos postulados propone más sustitutivos que generen menos penas.

#### **1.4. Escuelas eclécticas y principios teóricos.**

Dentro de estas se agrupan distintas corrientes, todas dirigidas a dar respuesta a la que se mencionaron, mismas que aceptan y niegan diversos postulados, tanto de la escuela positivista como de la clásica.

Las escuelas que se denominan Eclécticas son: la Tercera Escuela, la Sociológica y la Técnico jurídica.

La tercera Escuela surge en Italia, sus principales representantes son Carnivale y Alimena. Retoma que el delito es un fenómeno determinado por causas sociales, se debe reformar a la sociedad. Se utiliza la pena como un acto intimidatorio como forma de defensa social, con lo que distingue entre imputables e inimputables, en atención a si son conscientes o no del significado de la pena.<sup>53</sup>

La responsabilidad penal tiene su soporte en la peligrosidad del agente, la que se mide por el efecto disuasorio que tenga sobre su conciencia la pena.

La Escuela Sociológica, surge en Alemania, su principal representante es Franz Von Liszt. En esta la pena tiene como fin conservar el orden jurídico, concibe al delito como un fenómeno jurídico y natural y a la pena como una necesidad. Toma en consideración la imputabilidad y la peligrosidad del delincuente<sup>54</sup>.

Por lo antes citado, es importante señalar que se reconoce como principios del derecho en general: la libertad, el derecho de presunción de inocencia, defensa adecuada, etc., estos mismos se vinculan con los principios reconocidos en el artículo 20 constitucional, con relación al apartado de principios procesales, contenidos en el Código Nacional de Procedimientos Penales. Por lo que es impensable no justificar estos principios como elementos esenciales de la presunción de inocencia, ya que son los mismos los que se ven violentados.

La Escuela tecnicojurídica, de origen italiano tiene como representantes a Manzini, Bettaglini y Rocco, en esta se eleva a primer grado el derecho positivo. Destaca que el ordenamiento jurídico debe prevalecer. Para esta escuela el derecho

---

<sup>53</sup> LÓPEZ, Nicole, Escuela Ecléctica [en línea]. En: *Antecedentes de la Criminología Principales escuelas criminológicas del siglo XX*. 22 de febrero de 2019. [consulta: 04 noviembre 2022] Disponible en: <https://naranja242001.blogspot.com/2019/02/escuela-eclectica.html>

<sup>54</sup> AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G, op. cit. p. 9.

se debe centrar en el conocimiento científico de los delitos y de las penas, estas últimas consideradas para prevenir y readaptar.<sup>55</sup>

### **1.5. Principios procesales de rango constitucional.**

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como se apuntó anteriormente, se reformó por el Poder Legislativo en diversas ocasiones, con la finalidad de adaptarla a la realidad social.

En el caso, la reforma más relevante, en materia penal, se efectuó en el año 2008. Con esta se modifica radicalmente la estructura y funcionamiento del sistema y del procedimiento penal en nuestro país, dando vida a distintos principios procesales, cuya finalidad es abonar a que el procedimiento penal tenga un adecuado funcionamiento que, a su vez, garantice lo normado por la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los derechos humanos y los tratados internacionales en los que México es parte.

Por lo que, en el nirvana del derecho penal, los agentes del ministerio público deberían agotar todos los elementos necesarios, tanto físicos, naturales como tecnológicos y todos aquellos de los que se puedan apoyar, para contar con la totalidad de los elementos que ayuden a demostrar la culpabilidad de los imputados, sin que exista elemento alguno de duda para que un juez resuelva y dicte una sentencia condenatoria apegada a derecho.

Estos principios contemplados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son los que determinan la finalidad del proceso, las reglas que deben seguir al terminarlo y la correcta manera de interpretar y aplicar las normas procesales.

Los principios del procedimiento penal acusatorio se encuentran tanto en el rango constitucional como en leyes secundarias.

---

<sup>55</sup> Idem.

En ese tenor, el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, indica que el procedimiento penal será acusatorio y oral, y además que se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

Elementos que el poder legislativo trasladó al Código Nacional de Procedimientos Penales, específicamente en su artículo 4, en el que se especifica que el proceso penal será acusatorio y oral, debiendo observarse los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación y aquellos previstos en la Constitución, Tratados y demás Leyes, resaltando que las autoridades deberán respetar la dignidad tanto de la víctima como del imputado.

Por lo que, a continuación se tratará de manera individual, cada uno de los principios que se contemplan tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

#### **1.5.1. Publicidad.**

El artículo 5 del Código Nacional de Procedimientos Penales, contiene el principio de Publicidad, al referir que las audiencias serán públicas y para el público en general, pudiendo acceder periodistas y medios de comunicación.

Principio con la característica de que todas las actuaciones desarrolladas durante el proceso penal deberán ser del conocimiento público, con excepción de aquellas en las cuales se deba proteger la identidad, integridad física o psicológica y demás datos de las personas que deben estar presentes en cada una de las audiencias que se les cite.<sup>56</sup>

Por tanto, tal como lo señala el autor Dorantes Tamayo, en su libro *Teoría del Proceso*, se tiene que el principio de publicidad consiste en la entrada al público a los

---

<sup>56</sup> SANTACRUZ MORALES, David y otros. *Trescientas Preguntas para entender el sistema penal acusatorio en México*. Puebla, México. Editorial BUAP Ediciones. Puebla, 2018, p 10. ISBN:978-607-525-570-5.

debates judiciales o en la facultad de las partes o sus defensores y de todo el que tuviere interés legítimo en su exhibición.<sup>57</sup>

La publicidad, constituye una palanca democrática del proceso, ya que con esta se logra la participación popular en la justicia, lo que, a su vez, funciona como un poderoso instrumento de control, esto es, el pueblo puede vigilar, observar el quehacer de la justicia. Por tanto, se considera que este principio resuelve un problema, ya sea porque su presencia infunde temor al impartidor de justicia o bien, le dé el valor que se requiere para realizarlo.<sup>58</sup>

Sin embargo, no se soslaya que la impartición de justicia, bajo el escrutinio de los medios de comunicación, puede poner en jaque la independencia e imparcialidad de los jueces, por lo que se corre el riesgo de politizar la justicia, como bien afirma Eberhard Schmidt, por lo que se considera recurrir a limitaciones lógicas, tanto más difícil, ya que en este tema están en contacto y colisión, prerrogativas como la publicidad procesal, el derecho a la información y libertad de comunicación.<sup>59</sup>

### **1.5.2. Contradicción.**

El Código Nacional de Procedimientos Penales, establece el principio de contradicción, en el artículo 6, ya que se establece que las partes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte, con la salvedad de lo que prevea el propio código.

A su vez, el Dr. David Santacruz Morales cita que dicho principio exige que las partes en contienda tengan los mismos derechos de ser escuchadas, y de ofrecer y

---

<sup>57</sup> DORANTES TAMAYO, Luis. *Teoría del Proceso*. México. Editorial Porrúa, 2010. pp. 296. ISBN: 978-607-090396-0.

<sup>58</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Temas del nuevo procedimiento penal, Las reformas de 1996, 2008, 2013 y 2014, 2016*. México: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. p. 28. ISBN 978-607-02-4793-4.

<sup>59</sup> Idem.

desahogar pruebas y argumentaciones con el objeto de que ninguna de ellas quede indefensa frente a la otra.<sup>60</sup>

Es decir, el principio de contradicción exige que ambas partes puedan tener los mismos derechos de ser escuchados y de practicar pruebas, con la finalidad de que ninguna de las partes se encuentre indefensa frente a la otra; este principio es también conocido en la literatura jurídica como principio de igualdad de armas.

Si bien es cierto, que el principio de contradicción se entiende como la idea de controversia, de lucha de contrarios de confrontación, en ningún momento se debe de olvidar que los actores deben ir encaminados a velar por los intereses que representan siempre de manera digna<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> SANTACRUZ MORALES, David y otros. op.cit. p.35.

<sup>61</sup> GARZÓN ESPITIA, Favio. *Instituciones de derecho Procesal Penal*, Bogotá, Colombia; Editorial, Legis, 2003, p.35. ISBN: 978-958-653-860-2

### 1.5.3. Continuidad.

Por otra parte, en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 7, se define el principio de Continuidad al establecer que las audiencias se llevarán a cabo de forma continua, sucesiva y secuencial.

Así también, el Dr. David Santacruz Morales, refiere a la autora Diana Cristal González Obregón, con su libro Manual Práctico del juicio oral, quien afirma que el principio de continuidad consiste en que la audiencia debe desarrollarse en forma continua, con las excepciones previstas en la ley, pero siempre que constituyan sesiones consecutivas y tengan verificativo lo más pronto posible.<sup>62</sup>

El principio de continuidad, entonces, tiene como finalidad de que la audiencia de juicio oral se desarrolle en forma continua, consecutiva, contemplando excepciones, y cuando estas se actualicen, se constituyan sesiones sucesivas, es decir, que se celebren lo más pronto posible.

En ese orden de ideas, la suspensión de la audiencia del juicio oral podrá darse por un periodo breve de tiempo y por alguna de las siguientes razones:

1. Se debe resolver una cuestión incidental que no pueda, por su naturaleza, resolverse inmediatamente.
2. Tenga que practicarse algún acto fuera de la sala de audiencias, incluso cuando una revelación inesperada torne indispensable una investigación suplementaria y no sea posible cumplir los actos en el intervalo de dos sesiones.
3. No comparezcan testigos, peritos o intérpretes.
4. Algún Juez o el imputado se enfermen a tal extremo que no puedan continuar interviniendo en el debate.

---

<sup>62</sup> SANTACRUZ MORALES, David y otros. op.cit. p. 10.

5. En caso de muerte o incapacidad permanente del alguno de los participantes en la audiencia.
6. Si el Ministerio Público lo requiera para variar la acusación con motivo de las pruebas desahogadas, y el defensor lo solicite una vez variada la acusación.
7. Alguna catástrofe o algún hecho extraordinario torne imposible su continuación.<sup>63</sup>

#### **1.5.4. Concentración.**

En el artículo 8 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se prevé el principio de Concentración al establecer que las audiencias se desarrollarán, de preferencia, en un mismo día, o bien en días consecutivos hasta su conclusión; asimismo, las partes podrán solicitar la acumulación de procesos distintos.

Lo anterior con la finalidad de que todas las cuestiones que surjan entre las partes durante el proceso penal deben plantearse y resolverse en una sola audiencia, ante el mismo órgano jurisdiccional, evitando la dispersión y desconcentración de los medios probatorios.

Este principio se reviste de las finalidades constitucionales relacionados con los principios de celeridad del proceso contenido en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el derecho procesal de justicia pronta.

#### **1.5.5. Inmediación.**

Así también, el Código en cita, específicamente en el artículo 9, nos da los elementos del principio de Inmediación, al señalar que toda la audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del órgano jurisdiccional junto con las partes que deben

---

<sup>63</sup> BARDALES LAZCANO, Erika. *Guía para el Estudio del Sistema Acusatorio en México*. Quinta edición. México: Editorial Flores, 2008. p. 43. ISBN. 978-607-00-3101-4.

de intervenir en la misma; puntualizando que este órgano jurisdiccional no podrá delegar en persona alguna la admisión, desahogo o valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva.

En ese tenor, Macario Susano Pompeyo y Roció Estela López Orozco, en su artículo “La intervención del perito en el sistema penal acusatorio”, definen el principio de inmediación como “la facultad que corresponde al órgano jurisdiccional para obtener el conocimiento de los hechos materia de prueba por medio del contacto directo con los sujetos de la relación procesal, con la finalidad de que el juez quede en aptitud de conocer de primera mano el material probatorio indispensable que le permitirá pronunciar la resolución que ponga fin a la controversia”.<sup>64</sup>

Dagdug Kaliff manifiesta que el principio de inmediación tiene verificativo en la etapa de juicio oral y consciente en que el juez de forma directa y sin intermediarios debe conocer la prueba, para que, por medio de la percepción, pueda tener mayor grado cognoscitivo respecto de la práctica probatoria y así poder juzgar con mayor plenitud.<sup>65</sup>

Si bien es cierto que se lleva a cabo en la etapa de juicio oral, no menos cierto es que dicho principio se debe de garantizar en todas y cada una de las audiencias que se puedan presentar a lo largo del procedimiento penal, sin importar quien la solicite.

Aunado a lo anterior, se precisa que la única audiencia en la que no puede estar presente el imputado, es la audiencia de solicitud de orden de aprehensión, de la cual quedaran registros de la causa que justifica la representación social para su solicitud, entendiendo que esta es la excepción de la regla ya que, en cualquier otra audiencia, siempre debe de estar presente el imputado.

---

<sup>64</sup> SANTACRUZ MORALES, David y otros. op. cit. p. 11.

<sup>65</sup> DAGDUG KALIFE, Alfredo. El código de procedimientos penales para el distrito federal al amparo de los principios informadores del proceso penal. En PELAÉZ FERRUSCA MERCEDES, ONTIVEROS Alonso Miguel (coordinadores), *La Influencia de la Ciencia Penal Alemana en Iberoamérica en Homenaje a Claus Roxin, Tomo II*, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006. p 204. ISBN: 968-5074-77-1

Por lo tanto, los principios procesales que a su vez están ordenados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se deben de tomar en cuenta en carácter obligatorio ya que, al regir el procedimiento penal y toda vez que se le ha hecho del conocimiento al Juez de Control a través del escrito de solicitud de judicialización en contra de una persona que se contempla como imputada por la supuesta probabilidad de que participó o cometió un delito, entonces se apertura la audiencia de inicial, la cual comienza con el Control de Detención.

Que una vez que se encuentran las partes procesales (la víctima u ofendido pueden asistir o no asistir, sin perjuicio de sus derechos), se da inicio a la misma, donde el Ministerio Público, manifestará como es que se dio la detención en flagrancia de la persona denominada imputado, con datos mínimos que acrediten que la forma en que fue detenida se llevó a cabo de manera legal, y la defensa debatirá las circunstancias expuestas por la representación social.

El Juez de Control analizará los argumentos del debate y con ello emitirá su resolución. Que en el caso de calificar de legal la detención,

Dado lo anterior, la prisión preventiva es una medida cautelar impuesta por un Juez a una persona que cometió un delito grave, al existir la posibilidad de que, por sus condiciones, pueda sustraerse de la justicia previo a la emisión de una sentencia y con ello impida el normal desarrollo del proceso que al concluir acredite o no una responsabilidad penal, y entonces se tengan los elementos de aplicar una pena con toda certeza.

Medida cautelar que en el marco de la Declaración de los Derechos Humanos, la Convención Americana, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Americana, debe imponerse en casos muy especiales y de manera cautelosa con el fin de no vulnerar el derecho de presunción de inocencia, al ser intrínseca al derecho humano de la libertad de toda persona.

Por todo lo antes expuesto, es inconcuso que la prisión preventiva, como medida cautelar no es una figura novedosa, pues, se ha utilizado en distintas épocas

como un medio para obtener información, para garantizar el pago, para que la persona acusada o señalada por haber cometido un ilícito no se soslaye de la justicia, e incluso como una medida de presión y dadas las circunstancias en que se empleaba, hasta de tortura, por las condiciones en que se encontraban los centros de reclusión, por llamarlos de una forma y finalmente como centros de reinserción.

## **CAPÍTULO SEGUNDO.**

### **Teorías explicativas de la Prisión Preventiva Oficiosa, Prisión Justificada y su diferencia conceptual.**

SUMARIO: 2.1. Teoría del delito. 2.2. Teoría causalista. 2.3. Teoría del caso. 2.4. Relación entre teoría del delito y teoría del caso. 2.5. Teoría de la pena. 2.5.1. Teorías absolutas de la pena. 2.6. Derechos humanos. 2.7. Principio de supremacía constitucional.

**“El Derecho es una de las pocas ciencias que interactúa con todo el conocimiento humano”**

**Dr. Roberto Carlos Gallardo Loya, 2020**

La construcción de los elementos del tipo en la evolución de la teoría del delito en el mundo y en México, es la parte esencial del seguimiento del procedimiento en libertad o privado de su libertad, ya que a través de esta teoría se explica el delito.

Por lo que, el auto de libertad, el de formal prisión, el de sujeción a proceso, el de no sujeción a proceso (procedimiento inquisitivo), el auto de vinculación a proceso y el de no vinculación a proceso (procedimiento acusatorio), se basan estructuralmente en la constitución de la tipicidad, como elementos del delito, observando sus variantes según el sistema, impactando directamente en la resolución de la prisión preventiva.

Lo antes expuesto, justifica la trascendencia de la simplificación de la construcción de la teoría del delito, como parte fundamental de la demostración de la violación a los derechos humanos por la prisión preventiva oficiosa.

Para entrar al estudio de las teorías que explican la prisión preventiva oficiosa es inconcuso tratar la teoría del delito, que nos proporciona sus características y sus elementos.

No se puede concebir al Estado Mexicano en razón de la administración y procuración de justicia que se someta o sujete única y exclusivamente al ofrecimiento y desahogo de pruebas, porque nosotros no llevamos como tal el sistema jurídico del *common law*, sino que se aplica con relación a un positivismo jurídico, donde reconoce una sistematización de la teoría del delito, las diferentes formas de explicación y aplicación de esta, dentro del derecho procesal penal, para que con base en ello se pueda dar una resolución y que son:

- A. Psicologismo
- B. Normativismo
- C. Causalismo
- D. Funcionalismo
- E. Finalismo

Los artículos 405 y 406 del Código Nacional de Procedimientos Penales, prevén la aplicación de un funcionalismo moderado, no radical. Por tanto, es importante hablar de la relevancia de las teorías del delito con relación a su aplicación y al derecho procesal penal para resolver los asuntos donde se levanten medidas cautelares y en caso de una sentencia condenatoria, continuar con la prisión, dejando de ser la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa o justificada, para que se vuelva prisión por cumplimiento de la pena impuesta.

También, se debe atender a la teoría del caso y de la pena y por supuesto el principio *pro persona* que tiene una única forma de interpretación basada en la teleología jurídica, pues busca aplicar la ley en mayor beneficio de la persona.

Así como, al principio de *indubio pro reo*, que obliga a los juzgadores a considerar como inocente a la persona imputada después de haber escuchado y valorado sobre las pruebas desahogadas que va de la mano con el derecho humano

de presunción de inocencia, mismo que siempre debe estar valorado por encima de una medida cautelar, que en el caso del presente trabajo es la de prisión preventiva oficiosa.

## **2.1. Teoría del delito.**

El delito es un “acto humano, antijurídico, típico, punible y culpable”, una “acción u omisión, antijurídica, típica, culpable y punible”. Por lo que el delito puede ser conceptualizado como una conducta, típica, antijurídica, culpable y punible. Las características que integran el concepto de delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad).<sup>66</sup>

En otras palabras, el delito es una violación del derecho o de la norma jurídica que se debe sancionar, sin perder de vista, que se tiene también, el derecho a la libertad, porque al exigir la norma jurídica el respeto de las personas y del Estado, se convierte en una garantía de libertad, pues sujeta a los hombres a la ley, castigando hasta quedar debidamente acreditado el mismo en medida de su responsabilidad o grado de participación.

Así, la Teoría del Delito es una institución sustantiva, propia del Derecho Penal, que tiene como finalidad determinar los elementos y naturaleza del fenómeno jurídico denominado “Delito”; formula y da respuesta a una serie de preguntas, entre ellas: ¿cuándo existe una “conducta”?; ¿cómo se manifiesta la conducta?; ¿cuándo una conducta es típica?; ¿cuándo una conducta típica es antijurídica?; ¿cuándo una conducta, típica y antijurídica, es culpable?; ¿cuándo una conducta, típica, antijurídica y culpable, es punible?

Todas estas preguntas, son a las que debe de dar respuesta el Juez, para poder dictar o emitir una sentencia, ya sea absolutoria o condenatoria, tal cual como lo marcan los artículos 405 y 406 del código Nacional de Procedimientos Penales

---

<sup>66</sup> QUINTINO ZEPEDA, Rubén. *Teoría del Delito en el Código Nacional de Procedimientos Penales*. México: Editorial INACIPE, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2019. p. 17. ISBN: 978-607-8447-97-8.

anteriormente citados, y que también deben de considerar y valorar tanto el agente del ministerio público, como la defensa del imputado, para poder aplicar una adecuada teoría del caso.

Así se tiene, que la primera exposición sistemática de los elementos del delito se encuentra en el pensamiento de Franz Von Liszt, quien trata el acto humano, la antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad como elementos que integran el delito.

En esa tesitura, en el desarrollo de la Teoría del Delito existen dos teorías, la Causalista y Finalista que actualmente tienen mayor sostenibilidad, pues aportan mayores elementos que se ajustan a la realidad actual.

## **2.2. Teoría causalista.**

El célebre autor Liszt, cita el escritor Octavio Alberto Orellana Wiarco, en su obra *Sistemas Causalista y Finalista*, realiza un análisis sistemático del derecho penal y del delito, y partiendo de una base naturalística, causalista, que es el acto o acción humana, su teoría recibe el nombre de Causalista, partiendo del Código Penal Alemán de 1871, en el que el delito es la “acción sancionada por las leyes penales”.<sup>67</sup>

En ese sentido se puede observar en el Código Penal del Estado, define de manera similar lo que es el delito en su artículo 11 donde se manifiesta que es la acción u omisión, que sanciona la ley penal.

La explicación naturalista del acto o acción humana se base en relaciones de procesos causales, esta acción debe ser voluntaria, pero este ánimo de voluntad referida solo al movimiento corporal, esto es, que no interesa el sentido o el fin de la acción. Por ende, al haber voluntad, existe el dolo, sin que se valore que también se puede cometer la acción, sin que exista la voluntad, lo que daría un resultado, pero

---

<sup>67</sup> ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Teoría del Delito, Sistemas Causalista y Finalista*. México: Editorial Porrúa. 1998. p. 9. ISBN: 968-452-736-5

que debe de ser considerado con apego a un hecho culposo, donde no interviene el dolo o el ánimo de hacer.

Por ello en la teoría causalista, en el estudio del acto o acción, lo que interesa es la fase externa, ya que la interna correspondería a la culpabilidad, donde se analiza si el contenido de ésta es en el sentido de que si el actuar es doloso o culposo.

En esta teoría la acción es un factor que se integran de los siguientes elementos:

- a. Manifestación de la voluntad, que consiste en la inervación voluntaria del cuerpo humano que se traduce en un movimiento corporal o en su inactividad;
- b. Un resultado, que es la mutación en el mundo exterior, causado por la manifestación de la voluntad, o la no mutación de ese mundo exterior por la acción esperada y que el sujeto no realiza, y
- c. Un nexo causal, que radica en que el acto, acción o conducta ejecutado por el sujeto, produzca el resultado previsto en la ley, de tal manera que entre uno y otro exista una relación de causa efecto.<sup>68</sup>

Por cuanto hace a la ausencia del acto o acción, el penalista Francisco Pavón Vasconcelos, asegura que el aspecto negativo del primer elemento del delito se presenta cuando falta cualquiera de sus sub-elementos, a saber: <sup>69</sup>

- a. Ausencia de conducta;
- b. Inexistencia del resultado, y
- c. Falta de relación causal.

---

<sup>68</sup> Ibid. p. 11.

<sup>69</sup> PAVON VASCONCELOS Francisco. *Manual de derecho penal mexicano Parte General* [en línea]. Decimoséptima edición. México: Editorial Porrúa 2004 [consulta: 4 septiembre 2021 19:55 horas]. ISBN: 9700745090. Disponible en: <https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/06/59965379-manual-de-derecho-penal-mexicano-francisco-pavon-vasconcelos.pdf>

Ahora bien, el segundo elemento del delito, dentro de este sistema es la tipicidad. Esta es el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en el tipo coinciden.

La teoría del tipo y tipicidad consagran el principio de legalidad, que es una máxima fundamental del derecho penal moderno, derivada de la frase esgrimida por Von Feuerbach de *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, (No hay delito ni pena, sin ley que lo establezca) principio consagrado en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que:

*“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”*

En ese sentido, el Dr. Rubén Quintino Zepeda, establece que dicha garantía jurídica es de suma importancias, pues se debe de cumplir y respetar el principio de legalidad anteriormente referido. Ya que la conducta de una persona es típica, sólo cuando coincide con lo que está previamente descrito en alguna ley penal.<sup>70</sup>

Ahora bien, el hecho de que esté contemplada cierta conducta dentro de la ley sustantiva penal, así como en el numeral 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no quiere decir, que por ello debe o puede recaer la prisión prevenida oficiosa.

Ya que, para respetar el principio de legalidad, deben de estar debidamente acreditados y demostrados con datos de prueba contundentes y no solo con datos de prueba que den la probabilidad o a través de indicios que permitan suponer que el imputado pudo haberlo cometido o participado en su ejecución.

En consecuencia, de lo anterior, el artículo 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales viola de manera directa el derecho humano de presunción

---

<sup>70</sup> QUINTINO ZEPEDA, Rubén, op.cit. p. 19.

de inocencia contemplado en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, mismo que también es un principio procesal del Derecho Penal Acusatorio

En este sentido, la tipicidad es un indicio de que la conducta además de ser típica puede ser antijurídica, esto es, si una conducta es típica porque coincide con lo que está previamente descrito en alguna ley penal, ello es sólo un indicio de que dicha conducta puede ser antijurídica. Así se debe de entender que, si la conducta puede ser antijurídica o que es un indicio de ello, por ende, en su primer momento no puede ni debe de recaer la prisión preventiva oficiosa.

Mucho menos debería de concederse la prisión preventiva justificada, bajo los argumentos de falta de arraigo laboral, domiciliario o cualquier otro pretexto que utiliza la representación social en la práctica o bajo la evaluación de riesgos que realiza la unidad de medidas cautelares, en la cuál en su mayoría a pesar de no realizarla con apego a lo que marca el ordenamiento 168 del código procesal que los regula, lleva aparejada la oportunidad de que el ministerio público solicite la misma, aún sin ser un delito que sea grave o que pueda imponer riesgo a la sociedad.

Octavio Alberto Orellana Wiarco, autor del libro *la Teoría del Delito, Sistemas Causalista y Finalista*, cita a Beling, este último propugnaba que no hay delito sin tipicidad, donde la conducta, desde un plano objetivo, debía encuadrar en el tipo para que fuese típica, pero tal encuadramiento debía ser en el marco descriptivo de la ley, sin consideraciones o referencias a la antijuridicidad de la conducta.<sup>71</sup>

De esta manera, tipo y norma son partes esenciales en la teoría del delito, pero mientras el tipo describe, la norma valora. De igual forma, la tipicidad debe separarse de la culpabilidad, pues en la tipicidad del acto, no se hace referencia al dolo o a la culpa, especies de la culpabilidad.

Pero si bien es cierto que el tipo describe la conducta, también así lo hace el código sustantivo al definir los delitos, y al decir que la norma valora, esto lo hace en

---

<sup>71</sup> ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, op. cit. p. 17.

el código adjetivo de la materia para que los jueces lo contemplen para la imposición de la pena.

La atipicidad, contempla en el delito una fase objetiva, considerándose los siguientes aspectos:

- a. El bien jurídico tutelado;
- b. Los sujetos, activo pasivo;
- c. La manifestación de la voluntad;
- d. El resultado previsto en el tipo;
- e. La relación de causalidad;
- f. Los medios, formas y circunstancias previstas en el tipo;
- g. Las modalidades de tiempo, lugar u ocasión que señale el tipo, y
- h. El objeto material.<sup>72</sup>

Por otro lado, la antijuridicidad, se presenta cuando una persona actúa sin que concurra ninguna de las siguientes causas de justificación:

- a. Legítima defensa;
- b. Estado de necesidad justificante;
- c. Ejercicio de un derecho, y
- d. Cumplimiento de un deber.<sup>73</sup>

La esencia de la antijuridicidad se encuentra en la protección de bienes jurídicos, expresión de las valoraciones ético-sociales que el legislador plasma en la ley, es decir, la antijuridicidad, denominada también como ilegalidad, ilegitimidad, anormalidad, por el contenido que es contrario a la norma, finalmente es un juicio de valor sobre un acto que es contrario a las normas, contrario a las reglas de la sociedad, existan o no causas de justificación.

---

<sup>72</sup> Idem.

<sup>73</sup> QUINTINO ZEPEDA, Rubén, op. cit. p. 21.

Esto es así, ya que la antijuridicidad, al ser contraria a la ley, vulnera el bien jurídico tutelado y este bien jurídico tutelado es lo que el legislador trata de proteger para mantener un Estado de Derecho que conlleve a la tranquilidad y armonía social. Y aun cuando existan causas que justifican la antijuridicidad, no quiere decir que la acción o el hecho en su esencia no es contrario a derecho, si lo es, pero bajo la causal de justificación, es que no se sanciona a través de una pena.

Otro de los conceptos que sostienen la Teoría del Delito es la Imputabilidad, entendiendo esta como la capacidad de la persona de comprender las consecuencias que traerá la realización voluntaria de un acto considerado ilícito, y como tal ser responsable y responder por lo cometido.<sup>74</sup>

Por lo tanto, la Imputabilidad es el entendimiento de que ir en contra de lo normado, aún más por tener voluntad de hacer, conlleva a la aplicación de una pena. Ahora bien, de la imputabilidad deviene el término Imputado, que es la persona acusada y sometida al procedimiento penal, por la comisión de un acto ilícito.

Esta exige dos límites mínimos para su existencia:

- a. Un límite físico, esto es, una edad mínima en la que el sujeto al alcanzar determinado desarrollo para considerarlo imputable.
- b. Un límite psíquico, es decir, tener la capacidad de entender y querer.

En otros términos, es el hecho de la responsabilidad de toda persona ante cualquier acción antijurídica que realice, por el simple hecho de vivir en sociedad, pues al hacerlo tiene la obligación de acatar las determinaciones del grupo social, ordenado en las leyes, la consecuencia de ello será ser acreedor a un castigo corporal.

Además, se tiene como elemento de la Teoría del Delito el de la Culpabilidad, considerado fundamental, y que se encuentra en casi la totalidad de las

---

<sup>74</sup> ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, op. cit. p. 35.

concepciones modernas de la teoría del delito, esto es así en virtud de que de la culpabilidad dependerá la pena. Esto quiere decir que a mayor grado de participación o de responsabilidad, mayor será esa pena.

El autor Vela Treviño, en su libro *Culpabilidad e Inculpabilidad, Teoría del delito* establece que la culpabilidad es la reprochabilidad de un injusto a un autor que sólo será posible si el autor ha obrado con disposición contraria a la ley.<sup>75</sup>

Comprendiendo que al autor de un acto que va en contra de lo establecido en la ley, totalmente denominado como delito y siendo una persona mayor de edad y en pleno uso de sus facultades mentales, de manera consciente y con la intención de hacer, será acreedor de una sanción penal, con relación a esa autoría mencionada anteriormente.

Para Sebastián Soler, afirma Vela Treviño en la obra que se menciona en el párrafo que antecede que la culpabilidad está integrada por dos elementos:<sup>76</sup>

1. Vinculación del sujeto con el orden jurídico, que se denomina elemento normativo de la culpabilidad; y
2. La vinculación subjetiva del individuo a su hecho, que es el elemento psicológico de la culpabilidad.

Entendiendo lo anterior, en que la culpabilidad se acredita relacionando un evento criminal con la participación o realización de una persona y que dicho acto se contempla como ilícito por estar contenido en el orden jurídico o norma.

Por su parte en la escuela clásica la culpabilidad está integrada por los conceptos de dolo y culpa, de manera tal que habrá culpabilidad jurídico penal, cuando se pueda establecer una relación subjetiva entre el acto y su autor, por lo que

---

<sup>75</sup> VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad. En: *Culpabilidad e Inculpabilidad: Teoría del Delito*. [en línea]. Segunda Edición. México: Editorial Trillas, 2011 [consulta 4 noviembre 2022]. ISBN: 9682413490. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1757/10.pdf>

<sup>76</sup> Idem.

se determina que el acontecimiento típico y antijurídico fue cometido de manera dolosa o culposa.

Dicha escuela clásica es totalmente apegada a la concepción del código penal del Estado de Puebla en su artículo 12, que manifiesta que los delitos pueden ser dolosos o culposos, esto derivado de que si la acción que se cometió fue con intención o por ausencia de ella.

Este elemento tiene a su vez dos teorías para su estudio, la psicológica y la normativista; la última en mención de mayor auge, ya que la psicológica es sólo una cadena de relaciones que parten de una relación causal de la conducta que encuadra en un resultado típico; a la relación subjetiva del autor de la conducta.

La Psicológica, a pesar de que proviene de un acto que encuadra en un resultado típico, no se encuentra plasmada en la ley, por lo tanto, no puede tener aplicación en la práctica ni mucho menos acreditar la culpabilidad de un individuo; que en un sentido ambiguo, al dictar prisión preventiva oficiosa con elementos mínimos o datos de prueba que hacen pensar que el imputado, cometió o participó en su comisión, genera incertidumbre y rompe con el principio de legalidad

En tanto, la teoría normativista, por el contrario, está prevista en la propia ley, lo que le da al juez la posibilidad de reconocer el tipo de conducta en cada caso concreto y por otro lado se tiene la posibilidad de exigir al sujeto activo del delito el reconocimiento de que su conducta es ilícita. En este sentido, se puede incluir en la culpabilidad el concepto de exigibilidad de otra conducta, derivado exactamente de la normativa que indica el cómo conducirse sin lesionar los bienes jurídicos tutelados por la norma penal.

En otro tenor, ambas teorías reconocen que la culpabilidad se puede presentar a título de dolo, o a título de culpa.

En tal sentido, otro de los elementos es el Dolo, su naturaleza se ha tratado de explicar mediante tres teorías:

- a. La teoría de la voluntad;
- b. La teoría de la representación, y
- c. La teoría del asentimiento (eclectica)<sup>77</sup>.

La primera de ellas se centra en la relación directa entre lo que quiere el sujeto y el resultado. Por lo tanto, es la intención de querer provocar un daño, hasta conseguir ese objetivo.

Enrique Pessina, refiere que el dolo debe reunir tres condiciones para su existencia:

1. El agente debe haber tenido la posibilidad de conocer la existencia de un deber;
2. Debe haber tenido la conciencia de que su proceder no podía menos que violar el deber;
3. Debe haber tenido la oportunidad de obrar con libertad para decidirse violar o no el deber<sup>78</sup>.

Este autor afirma que, si falta el primer requisito, se elimina la determinación de volición, si existe ausencia del segundo, se origina la falta de volición del acto, de igual forma afirma que actúa dolosamente el que conoce la circunstancia de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado.<sup>79</sup>

Ahora, si bien es cierto que para que exista el dolo, que no es otra cosa más que la voluntad de provocar un daño, pero que antes se conocía o se sabía el derecho que le corresponde a otra persona, y que a pesar de ello, bajo el libre albedrio que tenemos para decidir si se hace o no se hace la acción, y se termina ejecutando dicha acción, aceptando y buscando llegar al resultado.

---

<sup>77</sup> VELA TREVIÑO, Sergio, op. cit. p 45.

<sup>78</sup> ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, op.cit. p.47.

<sup>79</sup>MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal, libro de estudio*. [en línea]. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina. 1958. [consulta 03 noviembre 2021]. p.239. Disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/Derecho-Penal-Edmundo-Mezger-LP.pdf>.

Sin embargo, esto no es suficiente para que una autoridad pueda solicitar y otra aplicar o conceder la prisión preventiva oficiosa, ya que la obligación del Estado, a través de su sistema de seguridad pública, está obligado a demostrar y acreditar desde un primer momento, que a la persona que se le señala como imputado, es la misma que lo cometió o participó en su ejecución.

Lo cual debe de ser a través de datos de prueba, que sean idóneos, pertinentes, razonables y suficientes, lo que en la práctica no sucede y solo se limitan las autoridades a manifestar con apego al 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales se apunte que hay un hecho el cual la ley señala como delito y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó; esto para poder vincular a una persona a proceso.

Por ende, y derivado de esos mismos datos de prueba mínimos, se solicita la imposición de la medida Cautelar de Prisión Preventiva Oficiosa, y que en ese sentido la ley deja de ser favorable para el imputado rompiendo el principio de presunción de inocencia e *indubio pro reo*, bajo el argumento de que es una etapa de investigación preliminar, lo que provoca violación a los derechos humanos, ya que, sin existir certeza y solo una probabilidad, entonces lo que existe es una presunción de culpabilidad, lo que

Por cuanto hace a la teoría de la representación, el autor Carlos Fontán Balestra, refiere que la teoría de la representación se propone más que nada en dirigir el haz central del enfoque del problema a las circunstancias externas que permitan formar un juicio para suponer que el evento ha sido o no querido.<sup>80</sup>

Finalmente, la teoría ecléctica, explica de mejor forma el concepto del dolo, toda vez que se trata de una combinación de las últimas teorías analizada, se considera la más completa.

---

<sup>80</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal, Introducción y Parte General* [en línea]. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot. 1998 [consulta 03 noviembre 2021]. p. 249 Disponible en: <https://es.slideshare.net/EscuelaDeFiscales/derecho-penal-parte-general-carlos-fontan-balestra>.

### 2.3. Teoría del caso.

El Derecho Procesal Penal es la ciencia que trata de identificar, delimitar y explicar, en forma sistemática y metódica, la acción, los procedimientos, el desahogo de las pruebas y su valoración, para llegar a una resolución y a su vez, poder presentar los medios de impugnación correspondientes, que son el de revocación y el de apelación así como los fenómenos relacionados con dichas instituciones jurídicas, con el objeto de concretar o materializar los fines del Derecho Penal, el cual se compone de cinco teorías:

- a. Teoría de la acción;
- b. Teoría del proceso;
- c. Teoría de la prueba;
- d. Teoría de las resoluciones, y;
- e. Teoría de las impugnaciones.

Hesbert Benavente indica que la teoría del caso “es el planteamiento metodológico que cada una de las partes debe realizar desde el primer momento en que han tomado conocimiento de los hechos, con la finalidad de dotar de un solo sentido, significado u orientación a los hechos, normas jurídicas –sustantivas y procesales–, así como el material probatorio –también conocido como evidencias”<sup>81</sup>.

En ese tenor, la teoría del caso es el análisis metodológico que deben de hacer las partes que van a intervenir en el proceso penal, ya sea agente del ministerio público que es el encargado y responsable de coordinar la investigación a través de todos los datos de prueba de los que se pueda allegar para generar una acusación y buscar la culpabilidad de una persona, con ayuda de todos los

---

<sup>81</sup> BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*. España: Editorial Bosch 2011. p. 47. ISBN: 978-84-7698-965-4.

elementos técnicos y científicos por parte de los peritos con los que cuenta, así como con el trabajo de las policías en sus diferentes ámbitos de investigación y participación.

Aunado a esta investigación, en algunos casos, se cuenta con la participación del asesor Jurídico que, si bien es cierto que el Ministerio Público es el que vela por los derechos e intereses de la víctima y el ofendido, no menos cierto es que en el caso de estar nombrado el asesor Jurídico por parte de la víctima u ofendido, este último también está obligado a generar la investigación

Lo anterior, con base en la teoría del caso que busca el Agente del Ministerio Público, para coadyuvar con otros elementos técnicos y científicos que le pudieran faltar a la representación social, en la búsqueda de obtener justicia por medio del pago de la reparación del daño únicamente o hasta acreditar la responsabilidad del inculcado, para que sea condenado si fuera el caso del asunto en particular.

La figura del Asesor Jurídico se contempla muchas veces como algo que no es necesario para el debido funcionamiento o investigación de los delitos, figura jurídica, que toda persona que sea víctima de delito tiene derecho de nombrar de manera particular o solicitar a la Fiscalía del Estado.

Sin embargo, el Asesor Jurídico siempre debería de estar nombrado en todos y cada uno de los asuntos que se promueven, toda vez que muchas veces los Fiscales en la práctica no cuentan con el tiempo necesario o en su caso, no le toman la debida importancia a lo que creen que es un asunto sin importancia.

Por lo que, al estar nombrado un Asesor Jurídico, se puede lograr que los asuntos no se archiven o se dejen de tramitar por lo antes mencionado, ya que no hay víctimas con asuntos pequeños, pues lo que para unos no puede tener mucha importancia, para otros lo es todo.

En ese sentido, la vigilancia, observación y participación del asesor Jurídico, es una opción totalmente necesaria para la impartición de justicia y que, al aplicar

una teoría del caso adecuada, le dé luz y auxilio a el Ministerio Público, ya que puede plantear una nueva forma de investigación o complementar lo observado por la Fiscalía.

De tal manera que, si estas dos figuras jurídicas suman esfuerzo, conocimiento y adecuada aplicación de los métodos y técnicas de investigación científica en los delitos, se puede lograr una buena teoría del caso en favor y representación de las víctimas u ofendidos.

Ahora bien, en cuanto a la Defensa del imputado ya sea a través de abogados particulares o de la defensoría pública, esta debe de plantear su propia teoría del caso, tratando de desacreditar los elementos o datos de prueba con los que cuenta la Fiscalía y/o el Asesor Jurídico, de la misma forma, bajo el estudio minucioso, aplicando los métodos y técnicas de investigación científica, ya sea presentando datos de prueba que se contrapongan con lo vertido por la representación social (defensa dinámica) o bien a través de solo contradecir los argumentos del Ministerio Público (defensa pasiva).

Es muy importante comprender bien lo que es la defensa pasiva, ya que por desgracia no todos los abogados particulares han comprendido esta parte de la práctica penal, pensando muchos de ellos, que la falta de datos de prueba o elementos que crean que no van a vincular o acreditar la responsabilidad del imputado con los hechos objetos de la formulación de imputación o de la acusación, es suficiente para no argumentar de manera clara ante el Juez sobre no responsabilidad de su defendido.

Esa omisión de argumentos es precisamente el desconocimiento de la técnica penal, porque el hecho de que una defensa no presente datos de prueba en contra no quiere decir que no se le debe de defender con argumentos lógicos y jurídicos para desestimar la acusación; por tanto, al no realizarlo, es nula la debida aplicación de la teoría del caso y esto se debe al desconocimiento teórico, práctico y jurídico.

Por ende, a pesar de que se impugne la determinación del Juez en el sentido de que no sea favorable, no van a existir esos elementos técnicos, prácticos y jurídicos que sustenten los agravios vertidos en otra instancia o a través de Juicio de garantías en el caso de que se dicte una medida cautelar de prisión preventiva oficiosa o justificada.

Derivado de lo anterior, la teoría del caso es lo más importante que se debe de estudiar para llevar a cabo una adecuada defensa de los derechos humanos y, en el caso de representar al imputado, es lo que va a servir para que por medio de la exposición de los elementos normativos, lógicos y jurídicos se demuestre que la prisión preventiva oficiosa, vulnera los derechos humanos y violenta el debido proceso de las personas sometidas a una investigación.

Recordando que lo que se debate en cualquiera de las audiencias, es lo único con lo que el Juez puede emitir su resolución, resolución que debe de contener siempre el análisis y exposición de elementos lógicos, jurídicos y debidamente fundado y motivado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la norma de la materia, tanto sustantiva como la procedimental, jurisprudencia, tratados internacionales o cualquier otra que considere adecuada, para fortalecer la misma.

Christian Salas Beteta manifiesta que es “el planteamiento que la acusación o la defensa hacen sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan”<sup>82</sup> .

Esta teoría en realidad no es una teoría, es más bien una técnica de litigación que ayuda a planificar de forma estratégica tanto la acusación como la defensa en el procedimiento.

---

<sup>82</sup> SALAS BETETA, Christian. *La teoría del caso y las técnicas de litigación oral penal. El proceso penal Acusatorio*. [en línea]. [consulta: 05 noviembre 2021 18:00 horas]. Disponible en: <http://cienciaspenalesypraxis.blogspot.com/p/la-teoria-del-caso-y-las-tecnicas-de.html>

Es ahí donde la teoría del delito se entrelaza con la teoría del caso, con el objeto, de que lo establecido en la norma penal y sustentado a través de la norma procedimental, se conjunte con los datos de prueba y elementos objeto de la investigación.

Esta técnica, que deben seguir las partes litigantes, se relaciona tanto con las instituciones jurídicas del Derecho Procesal Penal como del Derecho Penal, para exponer los hechos materia de una Causa, las pruebas que lo sustentan y los fundamentos jurídicos aplicables.

La teoría del caso formula y da respuesta a una serie de preguntas, entre ellas: ¿qué elementos probatorios existen o pueden allegarse?, ¿qué elementos fácticos se acreditan o son susceptibles de probarse?, ¿qué elementos jurídicos resultan aplicables?, ¿qué hipótesis explica más razonablemente la adecuación o inadecuación de los hechos a las normas jurídicas aplicables?, ¿qué sucedió?, ¿quién lo hizo?, ¿para qué lo hizo?, ¿cuándo sucedió?, ¿cómo sucedió?, ¿por qué sucedió?, ¿dónde sucedió?, ¿con que lo hizo?, ¿en qué sucedió?<sup>83</sup>

Cabe hacer la precisión que la teoría del caso es una figura procesal que procede de la *“theory of the case”* del Derecho Anglosajón, y va dirigido a convencer a un jurado; sin embargo, dentro del sistema jurídico mexicano la fiscalía debe de convencer a los jueces de control o jueces de enjuiciamiento que pertenecen al Poder Judicial del Estado, para el dictado de las sentencias.

#### **2.4. Relación entre teoría del delito y teoría del caso.**

El diseño de una teoría del caso implica un estudio laborioso no sólo de los hechos, material probatorio y normas procesales, sino un profundo conocimiento de la Teoría del Delito, así como de la doctrina.

---

<sup>83</sup> MEDINA NARVÁEZ, José Ángel. Teoría del Caso: consolidación de la Teoría del Delito *Eumed.net Servicios Académicos Intercontinentales*. S.L. [en línea] [consulta 20 septiembre 2020]. ISSN. 1989-9300. Disponible en: <https://www.eumed.net/rev/tlatemoani/06/jamn.htm>

Para construir la teoría del caso no solamente se deben determinar los hechos que sí estén acreditados con los datos de prueba, sino como requisito *sine qua non*, se deben adecuar los hechos a cada uno de los elementos del delito.

Esa interpretación de la ley debe de ser con base en el asunto particular que se presenta, para saber si la norma es aplicable al delito que se acusa, es por lo que se debe de hacer un entendimiento y estudio de la clasificación jurídica que realiza el ministerio público, para verificar que, con la narración de los hechos y los datos de prueba que existan, se pueda demostrar dicho encuadramiento penal.

Es elemental que se tomen en consideración ambas teorías, ya que se complementan y se concretizan, ya que de manera muy simple si cuentas con todos los elementos necesarios de los hechos, ya que de esa manera se puede entonces tipificar la acción como un delito.

Ahora bien, es elemental que, bajo el sistema penal acusatorio, las partes dentro del juicio apliquen la Dogmática Penal, entendida esta como la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y las opiniones de la doctrina científica en el ámbito del derecho penal.<sup>84</sup>

La Dogmática penal, en tanto gramática de lo jurídico-penal, permite precisamente no sólo establecer un diálogo próspero entre las partes del proceso, sino que, además, fundamenta la decisión judicial, pues es la herramienta comunicacional e interactiva que permitiría a las partes sostener la existencia o inexistencia de un delito. Lo que es indispensable en el sistema acusatorio.

Una simple narración de los hechos no es suficiente para tener un caso requerido de legal solución. Se impone, además:

---

<sup>84</sup> HIDALGO MURILLO, José Daniel. *Hacia una teoría del caso mexicano* [en línea] México: Universidad Autónoma de México, 2013 [consulta: 4 noviembre 2021]. ISBN. 978-607-00-8. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12238>

- a) La confrontación de tales hechos con la ley (esa que los considera o no constitutivos de un delito), lo que informa de la relevancia penal de los mismos, y
- b) La demostración (aspecto probatorio) de que aparte de existir e impactar en el mundo de la realidad resultan imputables a su autor o autores.

De la teoría del caso se obtiene una visión integral de los acontecimientos penales, donde no solo basta que se utilice la ciencia del Derecho, sino que el Derecho debe hacerse valer a través de la utilización de otras disciplinas o ciencias, ya que, si se busca impartir justicia, entonces se debe de ir a fondo en el estudio, por ejemplo, la medicina legal o forense, la Criminalística, la Criminología, Psicología y cualquier otra rama o ciencia que ayude al esclarecimiento de los hechos.

Entonces y, solo así, el Derecho se va a poder aplicar de manera correcta ya que, como bien se sabe, es cambiante y debe de evolucionar de acuerdo a las necesidades de cada investigación o defensa, derivado de que cada día y a través de las tecnologías, la forma de cometer ilícitos también va cambiando, por ello es que el legislador también se debe de ser una persona interesada en el conocimiento en general, para poder crear disposiciones legales, pertinentes y necesarias para la ciudadanía.

Para entender mejor esta relación entre la teoría del delito y la teoría del caso veamos dos ejemplos.

En el Decreto de reforma publicado en el Diario Oficial de la Federación el miércoles 18 de junio de 2008, aparece en la redacción de los Artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los textos siguientes:

*Artículo 16. ...*

*No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena*

*privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.*

*Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.*

En ambos artículos el denominado *cuerpo del delito* se derogó, entonces ahora lo que nos constriñe es entender que es *un hecho que la ley señale como delito*, la respuesta, se obtiene con la teoría del delito, ya que en esta encontramos la figura de la tipicidad, que no es más que la adecuación de una determinada acción a la hipótesis que prevé la ley o norma como delito.

Por lo tanto, cuando los Artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mencionan “hecho que la ley señale como delito”, lo que es totalmente ambiguo, pues existe una laguna legal.

Pues al manifestar “*hecho que la ley señala como delito*”, si bien es cierto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no es la norma que debe definir o explicar lo que es un hecho o una conducta, no menos cierto es que tampoco lo hace el código penal ni tampoco el código de procedimientos, por lo tanto, esa ambigüedad genera incertidumbre de lo que el legislador quiere transmitir en una debida aplicación de la norma.

En consecuencia, el código penal solo define lo que es delito, y no así lo que es “*hecho que la ley señala como delito*”, dado a que la expresión hecho se podría concebir como una situación o un evento que sucedió, pero la palabra hecho no precisamente indica que sea la acción, ni mucho menos una omisión. Aun cuando se pretenda conceptualizar o entender la palabra *hecho* como la acción para un evento delictivo, esto no lo es en su esencia ni en su entendimiento.

Tan es así, que en la práctica “*el hecho*” se entiende como a las circunstancias que dieron origen a una investigación, circunstancias que pueden ser de modo, tiempo y lugar, pero no únicamente para describir una acción típica y antijurídica.

Consecuencia de ello y ante la mala redacción provocada por el legislador, entender lo que es un “hecho que la ley señala como delito” deja de dar certeza jurídica, provocando una violación dentro de la normatividad procesal penal, que se extiende en la práctica y que derivado de ello los jueces de control emitan resoluciones bajo el supuesto entendimiento de que “hecho” sería algo supletorio a considerar como “acción” y que como se expresó, no es así.

Por lo tanto, dichas resoluciones son violatorias dentro del procedimiento penal y que en los casos que se dicta prisión preventiva oficiosa lleva a la violación de los derechos humanos.

Entonces, el Ministerio Público y la Defensa, para construir su respectiva teoría del caso, no sólo deben atender al material probatorio y los hechos que se desprenden del mismo, también deben aplicar la Teoría del Delito en la determinación de la normatividad legal y constitucional aplicable al asunto de que se trate, sin perder de vista los criterios de la suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, ya que esto último lo exige el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que esta teoría cuenta con elementos objetivos o descriptivos, que son aquellos que se describen en la norma como son los objetos del mundo real, que se perciben sin necesidad de emitir un juicio para reconocerlos.

Y los elementos subjetivos, por el contrario, son procesos mentales, son alusivos a la conducta de la persona, la voluntad, su determinación consciente y por supuesto la finalidad. Estos elementos únicamente admiten medios probatorios como la confesión, la indiciaria o la circunstancial.

Además, tenemos a los elementos normativos o valorativos que en sí son los conceptos que contiene el texto legal, el cual sí necesita de un juicio crítico o axiológico para su interpretación.

Para que la teoría del caso sea verdaderamente útil, debe cumplir con las siguientes condiciones:

- A. Sencillez: los elementos que la integran deben contar con claridad y en los hechos
- B. Lógica: debe guardar armonía y permitir deducir o inferir las consecuencias jurídicas de los hechos que la soportan.
- C. Suficiencia jurídica: todo el razonamiento jurídico se soporta en el principio de legalidad, y por tanto debe poder llenar, desde el punto de vista del acusador todos los elementos de la conducta punible y de la culpabilidad.
- D. Flexibilidad: Debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse o comprender los posibles desarrollos del proceso sin cambiar radicalmente, porque el cambio de teoría del caso provocaría incertidumbre e incredibilidad.<sup>85</sup>

Se deben tomar en consideración que la teoría del caso tiene las siguientes ventajas:

- 1. Realizar un análisis estratégico del caso;
- 2. Ordenar y clasificar la información del caso;
- 3. Adecuar los hechos al tipo penal, lo cual servirá para defender la tesis;
- 4. Determinar qué es lo que esperamos de la investigación;
- 5. Seleccionar la evidencia relevante;
- 6. Detectar debilidades propias, y

---

<sup>85</sup> BARDALES LAZCANO. *Erika. Guía para el Estudio del Sistema Acusatorio en México*. Quinta Edición. México: Editorial Flores, 2014, p. 140. ISBN: 978-607-00-3101-4.

## 7. Identificar las debilidades de la parte contraria.<sup>86</sup>

Todas estas condiciones y ventajas son necesarias para que, a través de argumentos lógicos y jurídicos, se le pueda expresar al Juez de Control o de enjuiciamiento que tanto la norma como todo lo que obra en una investigación penal, sirve o no sirve para acreditar que se cometió un delito.

### 2.5. Teoría de la pena.

El Estado ante un delito dispone de aplicar una pena que restrinja los derechos del presunto responsable, y se allega de un orden jurídico que cuenta con ciertas medidas destinadas a aminorar situaciones, respecto de las cuales el uso de las penas no es plausible.

Desde la antigüedad se discuten tres concepciones que en sus más variadas combinaciones continúan hoy caracterizando la discusión, así, para explicar estos remedios incluidos en la legislación penal se ofrecen estas diversas teorías que parten de puntos de vista retributivos o preventivos, puros o mixtos que se encargan de fundamentar de diverso modo y de explicar los presupuestos que condicionan el ejercicio del "*ius puniendi*" y la finalidad perseguida por el Estado con la incriminación penal.<sup>87</sup>

Siendo esta teoría de la pena, la consecuencia que busca la teoría del delito al haber encuadrado una conducta típica, con un acto antijurídico, explicada o argumentada a través de la teoría del caso, para poder acreditar la culpabilidad, y así conseguir una sanción penal.

---

<sup>86</sup> CÁSAREZ ZAZUETA, Olga Fernanda y GUILLÉN LÓPEZ, German. *Teoría del Caso en el sistema penal acusatorio*. En: *Academia Jurídico Formativa* [en línea] [consulta. 4 noviembre 2021]. Disponible en:

[http://www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v\\_coloquio/doc/derechoconstitucional/CAZAREZ\\_OLGA\\_Y\\_GERMAN\\_GUILLEN.pdf](http://www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v_coloquio/doc/derechoconstitucional/CAZAREZ_OLGA_Y_GERMAN_GUILLEN.pdf)

<sup>87</sup> *Congreso de la República, Perú, Teorías de la pena* [en línea] [consulta: 4 noviembre 2021]. [https://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/extorsion/Teorias\\_pena\\_investigacion.pdf](https://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/extorsion/Teorias_pena_investigacion.pdf)

La teoría de la pena solo busca imponer penas, es el castigo o potestad punitiva con la que cuenta el Estado en contra de los delitos o ilícitos, que en la actualidad van en aumento, a pesar de este acto coercitivo del Estado con el que pretende amedrentar a la sociedad legislando sobre penas más altas, que no detienen la delincuencia y no lo harán, ya que tal postura no es un acto preventivo contra la delincuencia.

Es el actuar inquisitivo del Estado, por la incapacidad de generar las condiciones necesarias y adecuadas para generar más prevención de los delitos y que, a través de una adecuada prevención del delito, lo obvio es que habría menos miembros de la sociedad a los que se debe de sancionar o aplicar una pena proveniente de delito, como sucede en algunos países de Europa.

### **2.5.1. Teorías absolutas de la pena.**

Estas teorías, refieren que la pena tiene su justificación en sí misma y se considera que la pena es totalmente independiente de su efecto social.

La teoría de la justa retribución: Desarrollada por Kant, para quien la pena "debe ser" aun cuando el Estado y la sociedad ya no existan, y Hegel cuya fundamentación de la pena pública, son la base que permitió la sistematización de la teoría del delito, (elaborada a partir de la teoría de las normas de Binding)<sup>88</sup>.

Lo que busca la teoría de la justa retribución, es que la persona que comete una conducta ilícita en contra de algún otro miembro de la sociedad es que éste sea penalmente castigado de manera apegada o proporcional al delito que cometió, no busca un castigo excesivo que, en estricto sentido, sería uno de los objetivos del

---

<sup>88</sup> ZAPATA VILLAR, Robert Ramón. *La Aplicación de la reserva del fallo condenatorio en el Distrito Judicial de Lima, periodo 2002-2007*. [en línea] Tesis Maestría (magister) en Derecho con mención en ciencias penales. Facultad de derecho y ciencia política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima Perú, 2007 [consulta 2 enero 2023]. Disponible en: [https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1716/Zapata\\_vr.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1716/Zapata_vr.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

actual sistema penal, en cuanto hace al pago de la reparación del daño causado a otro. Se busca que sea justo y equitativo, no como medio de coerción del Estado.

Tanto Kant como Hegel conciben al delito como la negación del derecho, y a la pena, como la negación de la negación, como anulación del delito, como restablecimiento del derecho, entiende que a la superación del delito es el castigo, sin importar que la pena impuesta sea útil.

Esta concepción recibe su característica de "absoluta" debido a que ve el sentido de la pena no en la prosecución de alguna finalidad social útil, sino que sostiene que dicho sentido radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal.

Kant explica que es un imperativo categórico emergente de la idea de justicia y fundamentada dialécticamente por Hegel como la negación de la negación del Derecho. Así, niega una concepción del castigo que se fundamente en razones de utilidad social que ilícitamente convierta al hombre en un "medio" instrumental en beneficio de la sociedad ya que tanto para Binding como para todos los defensores de la teoría de la retribución, las concepciones preventivas resultan incompatibles con la dignidad humana.<sup>89</sup>

Manifiestan que el realizar actos preventivos, no quiere decir que no se cometan delitos y, por ende, con que una persona sufra de un hecho ilícito debe de ser castigada, pero de manera equiparable a la conducta desplegada, sin embargo, todo lo que lleve a generar menos caos social o comisiones de delito, debe de aplicarse en todo momento, y en ese sentido, existe más armonía social.

El mal de la pena está justificado por el mal del delito, es concebida como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la Ley del Tali3n.

---

<sup>89</sup> Teorías de la pena. En: *Congreso de la Rep3blica, Per3.* op.cit.

Aunque la Ley del tali3n era totalmente lesiva y no contemplaba la dignidad y en su caso mucho menos la protecci3n de derechos humanos.

Ella niega o aniquila al delito, restableciendo el derecho lesionado, ha de imponerse por el delito, aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad, aunque no se logre un efecto intimidatorio ni exista riesgo alguno de reincidencia debe igualmente aplicarse.<sup>90</sup>

La pena presupone la reprochabilidad del comportamiento sometido a ella. Es concebida por esta teor3a como reacci3n por lo sucedido su fin es reparar el delito y no evitar delitos futuros. Esto explica la s3lida interconexi3n establecida entre las teor3as del delito y la pena<sup>91</sup>:

En ese orden de ideas se tiene:

- a) El fin de la pena es restablecer el orden alterado por el delito.
- b) El delito, condici3n de la pena, exige la realizaci3n de un comportamiento contrario a la norma, m3s, la existencia de culpabilidad en el autor del mismo.
- c) El sistema se basa en el libre albedr3o siendo culpable aqu3l sujeto que pudiendo motivarse en el respeto de la norma opt3 por la opci3n contraria y delinqui3.
- El haberse mantenido al margen de las exigencias que le plantaba el orden jur3dico, no obstante haber podido ajustarse a ellas, es decir acatar la norma y con ello sujetarse al orden social, es el criterio generalmente aceptado sobre el cual se fundamenta el juicio de culpabilidad.
- d) La medida de la pena depende de la gravedad del hecho realizado y el grado de culpabilidad del autor, estableci3ndose as3 un criterio de proporcionalidad entre el delito y la pena.

---

<sup>90</sup> Idem.

<sup>91</sup> Teor3as de la pena. En: *Congreso de la Rep3blica, Per3*, op.cit.

En este sentido, la idea de la retribución compensadora no borra el perjuicio que causó el delito, empero el criterio utilizado en la Ley del Tali3n tampoco permite recuperar las cosas en el estado en que se encontraban previo al hecho il3cito cometido.

Las Teor3as relativas de la pena, no ofrecen fundamentos 3ticos a la pena, esta se entiende como un medio para llegar a determinados objetivos, tambi3n como instrumento de motivaci3n, para impedir que se lleve a cabo un delito. Para explicar su utilidad, en relaci3n a la prevenci3n de la criminalidad, se busca apoyo cient3fico.

En ese sentido se entiende que la teor3a relativa de la pena s3 busca en su supuesto la prevenci3n del delito, sin embargo, la busca a trav3s de la imposici3n de una pena, conceptuando que con una pena m3s alta se lograr3a reducir los delitos y por lo tanto devendr3an beneficios en la sociedad; pero la prevenci3n del delito debe de aplicarse antes de que si quiera se piense en cometer un il3cito, y solo as3, se reducen los delitos, sin importar que la pena sea muy alta o una pena flexible

La teor3a de la prevenci3n especial, es desarrollada por diversas corrientes de pensamiento penal, como la escuela alemana de Liszt, el positivismo criminol3gico italiano, el correccionalismo y la escuela de la defensa social<sup>92</sup>.

Aunque cada una de ellas presente matices, resulta factible enunciar sus principales formulaciones. Es la posici3n extrema contraria a la teor3a de la retribuci3n.

Seg3n este punto de vista preventivo-especial, el fin de la pena es disuadir al autor de futuros hechos punibles, es decir, evitar las reincidencias (versi3n moderna de la teor3a) y s3lo es indispensable aquella pena que se necesite para lograrlo, se procurar3 readaptar al autor mediante tratamientos de resocializaci3n. As3, la necesidad de prevenci3n especial es la que legitima la pena, seg3n Von Liszt; "s3lo

---

<sup>92</sup> Idem.

la pena necesaria es justa". Se habla de "relativa" porque su finalidad está referida a la "evitación del delito"<sup>93</sup>.

Bajo este estricto sentido la teoría de la prevención especial se centra en el delincuente de manera directa con la finalidad de resocializarlo y así lograr que su reincorporación en la sociedad sea totalmente benéfica en un primer plano para él, y a su vez con los demás miembros de la sociedad. Es la forma en la que el sistema lo educa para tener certeza de que no va a volver a delinquir.

La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Esta concepción, influenciada por el determinismo, no admite la libertad de voluntad, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena<sup>94</sup>.

Así pues, esta teoría no hace un análisis sobre el hecho cometido por el delincuente, ni tampoco busca como fin que se haga una retribución o que el castigo que se le imponga sea equivalente al acto cometido por él, únicamente busca que no vuelva a cometer conductas en contra de la norma social.

Von Liszt se dedicó a clasificar delincuentes considerando que la eficacia de la incriminación exige que ella se adapte a cada sujeto, procurando corregir, intimidar o inocuizar, según la personalidad de cada individuo sobre el que la pena deba cumplir su función preventiva, de modo que para dicho autor la prevención especial actúa de tres maneras.

a. Corrigiendo al corregible: resocialización.

b. Intimidando al intimidable.

---

<sup>93</sup> Teorías de la pena. En: *Congreso de la República, Perú*. op.cit.

<sup>94</sup> Idem.

c. Haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables<sup>95</sup>:

Por lo que Von Liszt a través de la resocialización pretende volver al delincuente en una persona corregida que es reeducándolo, intimidándolo e incapacitándolo, en el sentido de que ya no sea un riesgo social, para que, a su vez, la sociedad no sienta una amenaza por su parte.

Se debe entender que el derecho penal es la última instancia del derecho y el derecho procesal penal es la aplicación de esta última instancia, por lo que la aplicación de esta última instancia, entendida como la última oportunidad y la última oportunidad coercitiva del Estado y no como regla general ni mucho menos como imposición normativa constitucional sin que se realice un ejercicio valorativo en razón a la persona.

Previo a dilucidar en qué consiste el principio *pro-persona*, contenido en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se debe entender qué son los derechos humanos y el principio de supremacía constitucional, para saber si las leyes de México mantienen armonía con los criterios o tratados internacionales.

En efecto, en ese sentido se debe de concebir que los derechos humanos son todo este conjunto de prerrogativas que se le dan a todas las personas sin importar su condición y sin que se restrinja ninguno de sus derechos, ya que ahora están debidamente reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su párrafo segundo nos habla de lo que son las normas relativas de los derechos humanos y la forma de su interpretación dentro de esta Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y también la forma de interpretar los tratados

---

<sup>95</sup> YUPANQUI TELLO, Marlene y HUAULLANI VARGAS, Huber. La intervención Jurídica en la aplicación de las teorías de la pena. *Derecho y cambio social*, [en línea] [consulta 4 noviembre 2021] Disponible en: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista007/la%20pena.htm>.

internacionales, pero esta interpretación debe de ser siempre favoreciendo en todo momento a la persona a través de la protección más amplia.

Al tratarse de materia penal, dicha protección e interpretación cobra mayor relevancia, toda vez que, por la naturaleza de las malas prácticas y la represión que pueda aplicar el Estado contra los particulares, la falta de conocimiento de la técnica y de la propia ley de la materia, puede llevar de manera más pronta a la violación de garantías y derechos humanos.

Ahora bien, lo que nos habla este párrafo segundo del artículo 1 constitucional, no es otra cosa más lo que se conoce como interpretación conforme, aunado a que dicho párrafo segundo tampoco manifiesta de manera textual lo que es el principio *pro persona*.

El *principio pro persona* denominado también como *principio pro homine* es un criterio de interpretación que se basa en aplicar las normas jurídicas tanto constitucionales como tratados internacionales para el efecto de salvaguardar siempre los derechos humanos que ya se reconocen a rango constitucional, este criterio lo deben de aplicar a todos los jueces o todas las autoridades como también lo manifiesta el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el ámbito de sus competencias.

Por lo que todas las autoridades tienen la obligación siempre de proteger promover, respetar y garantizar que resguarden y apliquen los derechos humanos, y en caso de no ser así el Estado Mexicano tiene la obligación de prevenir, investigar y sancionar para que se reparen las violaciones a esos derechos humanos.

Para una debida aplicación del principio *pro persona* se debe solicitar que se aplique, si bien es cierto es que constitucionalmente obliga a las autoridades su aplicación desgraciadamente en la práctica no lo es así, tan no lo es así que, las autoridades en este caso Agentes del Ministerio Público y Jueces. prefieren continuar aplicando la Prisión Preventiva Oficiosa.

Lo anterior, porque pareciera que no se busca proteger a las víctimas; las víctimas también buscan y merecen protección de los derechos humanos, pero la persona que está siendo investigada, que para el caso de estudio es la persona a la que se le puede privar de la libertad y puede ser bajo diversas situaciones sobre quien recaigan las violaciones a las garantías individuales o a los derechos humanos derivado de la prisión preventiva oficiosa, ordenada en el numeral que manifiesta el 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para una adecuada aplicación del principio *pro persona* o *pro homine*, debemos de entender que se debe de manifestar ante la autoridad jurisdiccional que derecho humano es el que se está violentando o viendo afectado, en el caso particular a través de la prisión preventiva oficiosa, se viola el derecho humano a la libertad, el derecho humano a la presunción de inocencia lo que conlleva a la violación del debido proceso.

Esto lleva aparejado a que lo ordenado en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al no ser ni un principio, ni mucho menos un derecho humano, la prisión preventiva oficiosa contraviene todo lo considerado o contemplado en el bloque constitucional con relación a la reforma del 2011.

Al dejar de proteger a la persona con lo que más le favorezca y habiendo más medidas cautelares que se puedan aplicar, toma mayor importancia siempre la valoración que se hace ante la solicitud de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, y más aún bajo el argumento de cuidar y proteger a la víctima de un delito.

Dichos argumentos terminan siendo causas de justificación para privar de la libertad a las personas sometidas al procedimiento penal, pero si fuese un derecho humano la prisión preventiva o una garantía individual, no tendría por qué justificar, simplemente debería de aplicarse porque es justo y porque es lo que más conviene, Pero una medida cautelar, que restringe la libertad de las personas, por la mala investigación de los delitos, no puede ser de carácter oficioso.

Con relación a lo anterior, no solo se puede mencionar el derecho humano que está siendo afectado, sino que se debe de hacer énfasis en el derecho humano que se necesitamos proteger, y en qué ley o tratado internacional lo podemos encontrar y esto es precisamente el punto medular para que se aplique la interpretación conforme, la interpretación adecuada de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, leyes secundarias y/o de los tratados internacionales.

En ese contexto, se hace una interpretación conforme, con base en un tratado internacional, en la Convención Americana, o en las resoluciones de la Corte Interamericana, la Declaración Universal Sobre Derechos Humanos, etc, en favor de una persona, aun cuando dicha interpretación sea en contra de lo ordenado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o las leyes mexicanas

## 2.6. Derechos Humanos.

Antes de abundar en la importancia de los derechos humanos, se hace una aclaración con relación a su abreviatura con mayúsculas, ya que muchas veces se observa en las noticias, o documentos etc. las siguientes: DD. HH. Dicha abreviatura está realizada, por medio de la extracción extrema, en el que se deben de eliminar todas las letras de la palabra que la conforman y solo se debe de dejar la letra inicial por ser parte de una estructura con sentido plural, por lo que las mayúsculas “D” se repiten y se les pone el signo de puntuación “punto”, luego se deja un espacio y de nueva cuenta se duplican las mayúsculas “H”, también seguidas del “punto”.

Ahora bien, es de derecho conocido y explorado que los Derechos Humanos son un conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, inherentes a todos los seres humanos sin distinción alguna de nacionalidad, residencia, sexo, origen étnico, color, religión, lengua, etc.

El 26 de agosto de 1789, se realiza la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el que se proclama que a todos los ciudadanos se les debe garantizar los derechos de libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión, señalando en el artículo 1° que todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos.<sup>96</sup>

A través de la esta declaración se tiene el primer momento que se genera un documento con antecedentes de los derechos humanos que, si bien en su momento iba dirigido para los ciudadanos franceses (solo hombres) derivado de la Revolución francesa, también estaba dirigido a considerar los derechos universales, por eso se contempla como el antecedente de la Declaración Universal Sobre los Derechos Humanos.

---

<sup>96</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948. [en línea] [consulta: 31 octubre 2021]. Disponible en: <https://www.humanium.org/es/derechos-humanos-1948/>

Estos Derechos Humanos adquieren mayor fuerza tras el impacto de la Segunda Guerra Mundial, y es en 1948, cuando se constituye el marco de referencia al que deben ajustarse las leyes y la acción política en todos los países, firmada por los representantes de diferentes naciones, entre ellas México<sup>97</sup>. Derechos reconocidos dentro del orden jurídico nacional, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los Tratados Internacionales y las leyes que de ellas emanan.

Si bien es cierto que las constituciones que ha tenido México en otro momento han tenido dentro de su contenido la palabra o concepto de los “derechos humanos” como símbolo de protección nacional e internacional, no menos cierto es que no eran de observación, ni mucho menos de aplicación obligatoria en el país.

Es por ello, que la reforma constitucional del año 2011 al artículo 1 en su párrafo primero reconoce a los derechos humanos, así como a los tratados internacionales de los que nuestro país sea parte o haya celebrado, por eso cobra mayor relevancia e importancia el que nuestra Constitución así lo contemple en ese momento, porque genera ese carácter de obligatoriedad para todas las autoridades en el país, generando la idea de que con ello habrá legalidad jurídica.

Derivado de la reforma constitucional y con base en el trabajo que se expone sobre la prisión preventiva oficiosa como medida cautelar, es que se hace mucho hincapié en que una medida cautelar jamás puede o debe de ir en carácter de oficiosa, ya que ese simple pronunciamiento en el texto constitucional, lleva aparejado el hecho de que los Jueces penales y Ministerios Públicos deben de trabajar, aplicando la prisión preventiva de manera obligatoria, con relación a los delitos que se contemplan en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en el código Nacional de Procedimientos Penales y otras leyes generales.

---

<sup>97</sup>Naciones Unidas, Paz dignidad e igualdad en un planeta sano; Años preparatorios: Historia de la Carta de la ONU. [en línea]. [consulta: 01 noviembre 2021] Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/history-of-the-un/preparatory-years>.

En cuanto a los derechos humanos, estos tienen las características de ser universales, inalienables, indivisibles, interdependientes, progresistas e iguales entre sí y no discriminatorios, así marcados en su esencia como en el artículo 1 constitucional.

Derivado de que en La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 11.1, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.2, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. XXVI) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Art. 8.2), señalan que todos los individuos tienen el derecho a que se salvaguarde su derecho a la libertad, mediante un estudio crítico y un verdadero análisis de las condiciones y de la gravedad del delito, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1 reconoce y obliga que el derecho humano a la libertad se debe de privilegiar en todo momento.

En estricto sentido no se debe, aplicar la Prisión Preventiva u oficiosa de manera arbitraria e irracional, de lo contrario se vulnera el derecho humano a la libertad y el derecho humano de presunción de inocencia, únicamente porque así se expresa en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 18 y 19.

Empero, como se puntualizó, se debe ejercer el control de convencionalidad que, dicho sea de paso, es el análisis crítico y obligatorio que deben de hacer todos los juzgadores del país sobre lo pronunciado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, para aplicarlo sin restricción sobre los casos que en particular se presenten.

Ante las violaciones a los derechos humanos que se puedan dar, los gobernados tienen el derecho de interponer el juicio de amparo con base en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ante los Jueces del Poder Judicial de la Federación, en carácter de Quejosos donde

se alegue que el acto reclamado viola algún derecho humano y siempre manifestando, que derecho es el que se violenta.

En el caso particular del tema de prisión preventiva oficiosa o justificada, si bien es cierto que el Código Nacional de Procedimientos Penales hace referencia a que el imputado de un delito puede recurrir la resolución emitida por el Juez de Control en donde se le impone la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa o justificada a través del recurso de apelación, este recurso no es el idóneo.

Ya que tratándose de una medida cautelar que es restrictiva de la libertad personal, que viola los derechos humanos de libertad y presunción de inocencia, debe de recurrirse a través del juicio de amparo, también conocido como juicio de garantías.

## **2.7. Principio de supremacía constitucional.**

En el Decreto que reforma el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 30 de octubre de 2002, se realizó en la exposición de motivos, un esbozo de los antecedentes del principio de Supremacía Constitucional previsto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y señala que este encuentra su antecedente en el artículo 126 de la Constitución de 1857, inspirada en el artículo 6º, inciso dos, de la Constitución de los Estados Unidos de América.

Continúa señalando que es en la 54º sesión ordinaria, celebrada el 25 de enero de 1917, fue aprobado por unanimidad el texto del artículo 132 que en el cuerpo final de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos quedó incorporado como artículo 133.

Este artículo prevé el principio de Supremacía Constitucional, por el cual tanto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de esta emanen, así como los tratados celebrados con naciones extranjeras, que sean signados por el Presidente de la República, con plena aprobación del Senado de la

República, constituyen la Ley Suprema de toda la Unión. Razón por la cual en las sentencias del juicio de amparo se observa entre otras cosas que, “la Justicia de la Unión Ampara y Protege”

Encuentra sus bases en la Teoría general del Estado, de Hans Kelsen quien, con su famosa pirámide, establece que, por encima de la Constitución, no existe ley alguna, sin dejar de lado que en el mismo nivel se encuentran los tratados internacionales signados por el Estado.

Este principio establece que no habrá ninguna ley, ni tratado internacional que contravenga lo dispuesto en esta, ni tampoco que la sobrepase, es decir, ninguna ley, código, reglamento o norma pueden ir más allá de lo previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, salvo que expresamente, en sus artículos transitorios se prevea que existirá una ley reglamentaria, sin que esto de pauta a que contraríe sus preceptos.

En esa tesitura, toda ley que surja debe estar en conformidad y armonía con todos y cada uno de los postulados que contiene la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siendo jerárquicamente siempre inferior a esta, ya sea expedida por órganos del Congreso Federal o de los Estados.

Ahora bien, no debe perderse de vista que los tratados internacionales no deben ser contrarios a lo que prevé la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino que deben estar en comunión con esta.

La Supremacía Constitucional lleva intrínsecamente la estabilidad, certeza y legalidad jurídica, toda norma que no esté alineada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es inexistente, y ninguna ley o acto de autoridad pueden restringir los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En palabras de Rolando Tamayo y Salmorán, aquellos que redactaron las constituciones escritas las concibieron como la ley suprema y fundamental de la Nación, por lo que un acto legislativo que sea contrario a la constitución es nulo.<sup>98</sup>

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha enfrentado a diversas discusiones que derivaron en un nuevo orden jerárquico normativo, en el que se ha evolucionado de una supremacía constitucional hacia una jerarquía de derechos humanos, sean de fuente nacional o internacional.<sup>99</sup>

Ello derivado de la contradicción de tesis 293/2011 Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, sumado a la reforma en materia de derechos humanos de junio del 2011.

De ahí que se busca que la ley sea interpretada de manera que se proteja al ser humano, con la idea de limitar el poder del Estado siempre en favor de la sociedad, que hace que se recurra a todo un cuerpo normativo como es el derecho internacional de los derechos humanos, razón por la cual el principio de supremacía constitucional quede superado.

Por lo que autores como Jesús Javier Astudillo Leyva, propone que la Constitución tiene una suerte de bidimensionalidad<sup>100</sup> de supremacía, siendo la primera la unilateral, que implica que es la única norma fundadora del Estado, que dota de sustancia al sistema jurídico y sobre la que emerge la regularidad de las normas, y la segunda, multilateral, que deriva del catálogo de derechos fundamentales internacionales y nacionales, que prevean la protección máxima del individuo, del que en definitiva proviene el tan conocido principio *pro-persona*.

---

<sup>98</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Introducción al estudio de la Constitución*. Doctrina Jurídica Contemporánea, México: Doctrina Jurídica Contemporánea, 1998. p. 249. ISBN 968-476-112-0

<sup>99</sup> ASTUDILLO LEYVA, Jesús Javier. El nuevo enfoque de supremacía constitucional: hacia la supremacía de los derechos humanos. En: *Centro de Estudios Constitucionales SCJN* [en línea] [consulta 04 noviembre 2022] Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/el-nuevo-enfoque-de-supremacia-constitucional-hacia-la-supremacia-de-los-derechos-humanos>

<sup>100</sup> Idem.

En ese contexto, las constituciones contemporáneas buscan proteger los derechos humanos y la dignidad humana como principios elementales sobre los que giran la razón de ser del Estado, por tanto, su fin es defender esos derechos humanos, por lo que se asegura que el principio quedó totalmente superado.

Se realiza esta afirmación en virtud de que como se observará a continuación, toda autoridad que tenga la obligación de interpretar y aplicar la ley a alguna persona tendrá que hacerlo bajo una interpretación conforme, esto es, deberá buscar aquella norma que le beneficie al individuo, no así que lo castigue, dejando de lado la venganza y siempre buscando la aplicación e impartición de la justicia.

Entonces, el principio *pro-persona o pro-homine*, es un criterio hermenéutico que rige al derecho en materia de derechos humanos, este consiste en preferir la norma o criterio más amplio en la protección de derechos humanos y la norma o criterio que restrinja lo menos el goce de los mismos, inserto junto con el principio de interpretación conforme en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El 10 de junio de 2011 se publica en el Diario Oficial de la Federación, en la adición del segundo párrafo del artículo 1 Constitucional, dos principios de interpretación de los derechos humanos, el *principio de interpretación conforme* y el *principio pro- persona*.

Con esta reforma se incluye el concepto de derechos humanos al artículo en mención, lo que abre un importante debate entre el concepto y el fondo de los derechos humanos, toda vez que estos se anteponen al propio concepto de soberanía, en atención a que aquellos tratados internacionales relacionados con derechos humanos y que haya celebrado México, son obligatorios.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió la tesis aislada 2ª. LXXV/2012, mediante el cual aduce que la reforma de 10 de junio de 2011 al artículo 1° Constitucional sí respeta la Supremacía Constitucional, de rubro:

*“Supremacía constitucional. la reforma al artículo 1o. de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, de 10 de junio de 2011, respeta este principio”.*

***SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE 10 DE JUNIO DE 2011, RESPETA ESTE PRINCIPIO.***

*La reforma al artículo 1o. de la Carta Magna, publicada el 10 de junio de 2011, en modo alguno contraviene el principio de supremacía constitucional consagrado desde 1917 en el artículo 133 del propio ordenamiento, que no ha sufrido reforma desde el 18 de enero de 1934, y en cuyo texto sigue determinando que "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión"...*

De acuerdo a esta tesis, la Corte señala que el principio *pro persona* no vulnera la supremacía constitucional, este artículo dispone que en nuestro país todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, pero también establece que existen limitaciones y restricciones a su ejercicio, mismas que serán sólo aquellas que se establezcan en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no así en los tratados, con lo que no se vulnera la supremacía constitucional.

Sin embargo, y con relación a la contradicción de tesis 293/2011 anteriormente referenciada, el Estado Mexicano esta obligado a observar y aplicar de manera obligatoria, no solo las sentencias de la Corte Interamericana Sobre Derechos Humanos donde México fue parte o que haya firmado, sino que también toda la jurisprudencia que haya emitido la Corte Interamericana,

En ese sentido, si bien es cierto que con el criterio que emitió la Suprema Corte de Justicia de la Nación anteriormente mencionado, no se vulnera la supremacía constitucional, no menos cierto es que bajo lo resuelto en la contradicción de tesis en mención, no se debe considerar a la Constitución Política

de los Estados Unidos Mexicanos, como el único y máximo documento de observancia y obligación para las autoridades en el país.

Porque el texto constitucional al contemplar la imposición de una medida cautelar en su carácter de oficiosa, si violenta los derechos humanos, lo que conlleva a que los jueces violen derechos humanos ordenado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por eso por lo que se debe de comprender que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos debe de observarse y aplicarse de manera obligatoria en el Estado Mexicano, ya que en ella se prevén los derechos y libertades contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que se conoce como control de convencionalidad, mismo que en su momento fue esgrimido por el Dr. Sergio García Ramírez.

Ante tal situación, lo que contemplaba Kelsen en cuanto hace a que hace a la constitución es la que se posiciona por encima de toda ley o norma, ya no lo es así, puesto que lo contemplado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, etc. están jerárquicamente a la par de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ahora bien, el principio *pro-persona*, prevé que tanto las normas contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como aquellas derivadas de los tratados internacionales son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano.

Ello conlleva a que sean de aplicación obligatoria para todas las autoridades, eligiendo aquella que favorezca al individuo, aquella que represente una protección mayor para la persona o bien, aquella que implique una menor restricción; lo que sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Jurisprudencia 1a./J. 107/2012 (10a.), de rubro: "*Principio pro-persona. Criterio de selección de la norma de derecho fundamental aplicable*".

**PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.**

*...el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte... las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, ...*

Este principio tiene dos acepciones, el principio de prevalencia de normas y el principio de prevalencia de interpretación. El primero de ellos se presenta cuando un intérprete tiene que resolver y resultan aplicables dos normas jurídicas o, incluso, más, este no tiene libertad de elegir la norma que a su parecer prefiera, sino que tiene la obligación de aplicar la que mejor proteja el derecho humano, ya sea porque la norma protege mejor o porque amplía el número de derechos a resguardar o bien cuando una norma amplía el perímetro materialmente tutelado.

Ahora, el principio de prevalencia de interpretación se presenta cuando una norma jurídica permite más de una interpretación, en este caso se debe elegir la interpretación que mejor proteja al individuo, en sí la que mejor proteja al derecho.

No es dable dejar de considerar que todas las normas, y si no todas si la mayoría contienen en sí mismas derechos, por ende, se debe atender siempre y en todo momento el principio *pro-homine*, máxime en materia penal, en la que son los derechos humanos los que están en juego al dictar una medida cautelar o una sentencia, por lo que los juzgadores deberán atender siempre a este principio.

Se sostiene lo anterior, más aún, porque el párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las normas se interpretarán conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a los tratados internacionales.

En dicho párrafo se advierte que todo ordenamiento jurídico, que esté por debajo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se debe interpretar de forma compatible y congruente con dicho bloque constitucional, pues como se afirmó, toda norma tiene intrínseco un derecho humano, por lo que el Derecho Penal debe ser interpretado a la luz del Derecho Constitucional y de los tratados internacionales, interpretación que se conoce como interpretación conforme.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en agosto de 2005, emitió la jurisprudencial.4o.A. J/41 de rubro y contenido siguiente:

***INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. DE ACUERDO A ELLA LOS TRIBUNALES ORDINARIOS PUEDEN CALIFICAR EL ACTO IMPUGNADO Y DEFINIR LOS EFECTOS QUE SE DEDUCEN DE APLICAR UN PRECEPTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL.***

*El artículo 133 de la Constitución Federal ... significa que deben nulificarse o dejar sin efectos las leyes o los actos que violenten lo dispuesto en la Constitución, pues los principios, valores y reglas que el propio ordenamiento consagra deben prevalecer con supremacía y en todo tiempo. Por tanto, si un precepto legal contraviene lo estipulado en la Constitución debe declararse su inconstitucionalidad... en virtud del principio de supremacía constitucional... los legisladores deben expedir las leyes ordinarias con apego al Máximo Ordenamiento...*

Por tanto, para que la autoridad aplique una medida cautelar debe atender al principio *pro-homine* y por supuesto realizar una interpretación conforme, pues incluso el catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa que prevé el Código Nacional de Procedimientos Penales es superior al contenido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, luego entonces, la autoridad tiene la obligación, contenida en el artículo 1º de esa Constitución, de aplicar la norma que menos vulnere su derecho humano a la libertad y a la presunción de inocencia.

Aunado a lo anterior, las teorías tanto del delito, del caso y de la pena, son teorías que no pueden dejarse de lado para desahogar un procedimiento en el

sistema penal acusatorio, en virtud de que de ellas se obtienen los elementos no solo para llevar una buena defensa, sino para imponer las medidas cautelares que se requieran para garantizar que el inculpado esté presente durante todo el proceso y generar una sentencia que no sea violatoria de derechos humanos, atendiendo al principio *pro-homine e indubio pro reo*, a la interpretación conforme y al control de convencionalidad

Por lo que se debe exigir que las normas relativas a los derechos humanos se interpreten de forma que favorezca ampliamente a las personas, lo que se traduce en la obligación de las autoridades de analizar el contenido y alcance de los derechos, a efecto de acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, pero también a la normas más restrictivas cuando se trate de conocer las limitaciones legítimas que puedan establecerse a su ejercicio.

Máxime, porque México ratificó del tratado Internacional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que todo el Estado Mexicano debe velar porque sus disposiciones no se consideren por preferir disposiciones internas que, incluso, contravengan su objeto y fin.

De igual forma se emitió, por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la tesis aislada I.4o.A.91 K, de marzo de 2010, en el que prevé que los jueces deberán ejercer el control de convencionalidad, con la finalidad de verificar que la legislación interna no contravenga lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

**CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.**

*La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido criterios en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado*

*internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin...*

Criterio que hace inconcuso que el Estado mexicano está obligado a aplicar las disposiciones de la Convención Americana cuando las disposiciones internas contravengan el objeto y fin de esta que no son otra cosa que la protección de los derechos humanos.

En ese orden de ideas, como se apuntó en párrafos que anteceden todos los jueces deberán ejercer un control de convencionalidad entre las normas de derecho interno y la propia convención, lo que se debe interpretar como aplicar la norma que no contravenga la salvaguarda de los derechos humanos, por tanto, aplicar junto con dicho control el principio *pro-persona*.

Con base en este principio, en el siguiente capítulo se analizará y demostrará que la prisión preventiva oficiosa es violatoria de derechos humanos.

## **CAPÍTULO TERCERO.**

**Las medidas cautelares y el proceso de su aplicación en la etapa procesal.**

**“La peor forma de injusticia  
es la justicia simulada.”**

**Platón**

SUMARIO: 3.1. Prisión preventiva. 3.2. El origen del concepto cautelar de la prisión preventiva oficiosa. 3.3. Flagrancia. 3.4. Caso urgente. 3.5. En libertad. 3.6. Prisión preventiva según las familias jurídicas. 3.6.1. Alemania. 3.6.2. Costa Rica. 3.6.3. Francia. 3.6.4. Colombia. 3.6.5. España. 3.6.6. Suiza. 3.6.7. Ecuador. 3.6.8. Venezuela. 3.6.9. República Dominicana. 3.6.10. Estados Unidos de Norteamérica. 3.7 El sistema mixto. 3.8. De la lógica jurídica

### **3.1. Prisión preventiva.**

La palabra Prisión proviene del latín *prehensio-onis*, que significa “detención” por la fuerza o impuesta en contra de la voluntad. Esta institución existió aún antes de que la ley la definiera como pena, tal como quedó asentado en el capítulo de antecedentes.

En México, es en el artículo 31 del código penal de Michoacán de 17 de diciembre de 2014, en el que se establece que la prisión consiste en la privación de la libertad personal<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> JUÁREZ VEGA, Carmen, CORREA CHÁVEZ, José Jesús, y Juan Ricardo, *Prisión Preventiva Oficiosa en México su Inconvencionalidad*, México: Editorial: Flores 2020. p. 33. ISBN: 978-607-610-757-7

Cualquier detención limita la libertad del individuo durante un periodo relativamente breve, hasta en tanto sea convalidada u homologada tal orden de detención. Esta convalidación u homologación de la orden de detención es lo que se denomina prisión preventiva, cuyo estado es más intenso que la detención.<sup>102</sup>

La prisión preventiva en su primer momento aparece en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 18 y 165 del Código Nacional de Procedimientos Penales, donde se manifiesta que solo por delito que merezca pena privativa de la libertad se impondrá la prisión preventiva, lo cual dicho ordenamiento constitucional en su esencia es violatorio de derechos humanos, ya que al considerar los códigos penales de México a todos los delitos con pena privativa de libertad, por ende todos esos son de prisión preventiva

En el Sistema Jurídico Mexicano, la prisión preventiva persigue los fines de preservar el desarrollo adecuado del proceso, asegurar la ejecución de la pena y evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad; lo que implica que el Estado busque procesalmente, la consecución de tal aspiración, con la debida conjugación de respeto de las garantías individuales, tanto de la víctima como del imputado.<sup>103</sup>

Sin embargo esto no es así, la prisión preventiva al buscar que se preserve el desarrollo adecuado del proceso y buscar que se ejecute una pena, provoca una violación del derecho humano de presunción de inocencia, por lo que a pesar de que se pueda recurrir dicha medida cautelar a través del recurso de apelación como lo contempla el Código Nacional de Procedimientos Penales, esto no es lo idóneo ni pertinente, ya que lo idóneo y pertinente es interponer el juicio de amparo indirecto, toda vez que es una violación a la libertad personal.

---

<sup>102</sup> EMBRIS VÁSQUEZ, José Luis. *Medidas cautelares su Transición al sistema Acusatorio, Adversarial y Oral en México*. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 278. ISBN: 978-607-09-1470-6

<sup>103</sup> Idem.

Ahora bien, hay delitos que su sanción puede ser una multa, pero al no poder cubrir la multa mandatada, de nueva cuenta se priva de la libertad de las personas a través de la prisión preventiva.

Como se manifiesta, al no haber sido sometido al juicio, ni mucho menos haber sido hallado como culpable, la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, afecta a las personas, tanto en su persona, patrimonio, salud física y mental, así como en el acceso a la justicia con apego al debido proceso.

La prisión preventiva como instrumento penal y elemento de coerción por parte del Estado, en su esencia si se vuelve un elemento de persecución penal que, a pesar de la entrada en vigor del sistema penal acusatorio, no se ha modificado, sin que México deje esas malas prácticas y lejos de llevar de manera garantista un procedimiento penal, que era uno de los objetivos del sistema penal, recae en los vicios del sistema penal inquisitivo, que tanto daño ha provocado.

Esta tendencia pugna con recomendaciones internacionales y genera en el universo penitenciario el gravísimo problema de los presos sin condena, que agobia a las prisiones latinoamericanas.<sup>104</sup>

Este uso arbitrario e infundado de la prisión preventiva oficiosa, que tiene su fundamento en el artículo 19 constitucional, no solo por los delitos que se catalogan graves, sino “delitos cometidos con medios violentos como armas”, provoca que se generen o creen delitos que no son graves, pero que, bajo ese argumento, cualquier objeto se puede volver un arma, lo que ha provocado un incremento en su aplicación.

Por lo que parece ser que el Estado Mexicano se sigue preocupando por tener más personas detenidas, que impartir justicia y buscar la reparación del daño causado, inflando de esa manera sus estadísticas que simulan la existencia de una buena impartición de justicia.

---

<sup>104</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Temas del nuevo procedimiento penal, Las reformas de 1996, 2008, 2013 y 2014*. México: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. p. 105. ISBN 978-607-02-4793-4.

En ese sentido, el hecho de que exista un catálogo de delitos graves, no quita el riesgo de que todos puedan sufrir la prisión preventiva justificada, aunado al hecho de que hasta una revista que se enrolle puede ser un arma para justificar la prisión preventiva, v. gr. un delito de lesiones.

Lo que conlleva a tener un grave problema en las condiciones de hacinamiento y sobrepoblación, pues las celdas albergan más personas de las que originalmente debían estar ahí, no cuentan con los servicios sanitarios básicos, como agua y espacio, máxime con una pandemia, en la que los reclusos no cuentan con los mínimos requisitos indispensables para cumplir de manera digna una sentencia condenatoria, o bien, pasar de manera digna el proceso al que están siendo sometidos, en virtud de que se encuentran detenidos bajo una figura de medida cautelar.

Por ejemplo, el Observatorio Nacional de Prisiones, hasta febrero de 2022, se tuvieron 57,898 casos confirmados acumulados desde el inicio de la pandemia, de los cuales, 321 internos perdieron la vida a causa del COVID-19<sup>105</sup>, siendo sólo los casos confirmados y reportados, y a consecuencia del hacinamiento que existe en los centros penitenciarios, es irrisorio pensar que pueden mantener la tan famosa “sana distancia” para evitar contagios.

Otro problema que es evidente es la falta de seguridad y gobernabilidad en las cárceles, ante una población tan grande, lo que también puede llegar a traducirse en motines que dejan en peligro tanto la seguridad e integridad de los internos, como del personal que labora en estos y que justo, así sucedió en el CERESO de ciudad Juárez en diciembre del 2022, cuando se fugaron varios internos, perdiendo la vida tanto custodios como reos.

Lo anterior hace evidente que el problema que se tiene no es la detención de los sujetos que supuestamente han cometido un delito, sino que desde la reforma

---

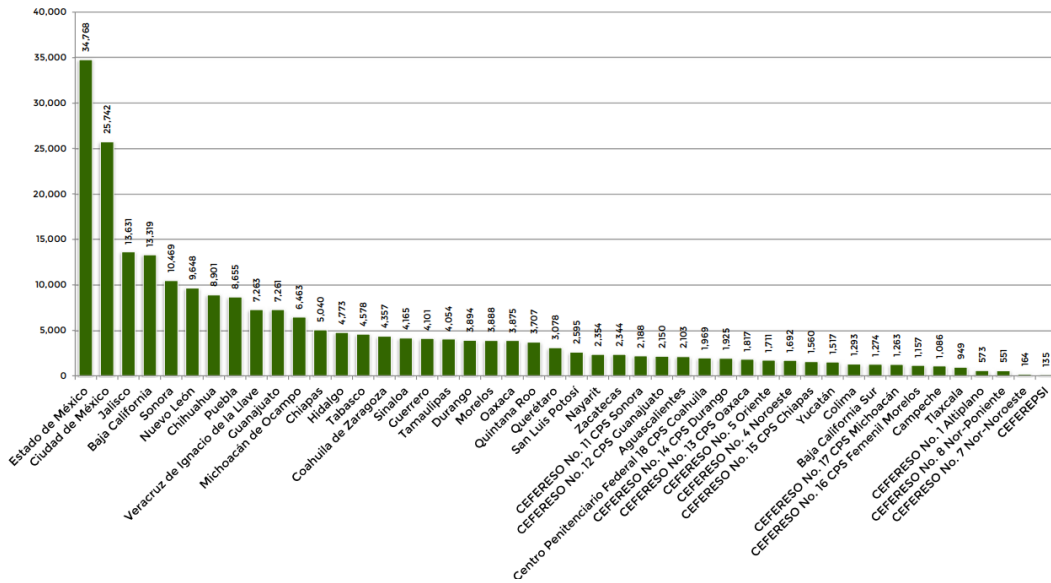
<sup>105</sup> *Observatorio Nacional de Prisiones* [en línea] [consulta: 22 enero 2023] disponible en: <https://observatorio-de-prisiones.documenta.org.mx/archivos/4949>

penal en 2008, lo que ha pasado es que lo que solo es una medida cautelar, ahora es el fin, pues con esta medida de alguna manera simulan que se hace justicia, incluso, las fiscalías de los distintos Estados y la federal, emiten comunicados en el sentido de que han logrado vinculaciones a proceso y prisiones preventivas, sin que realmente se haya demostrado que el imputado cometió o no el delito del que se le acusa.

Solo buscan publicidad y generar estadísticas falsas, porque como bien se sabe, las fiscalías de los Estados trabajan bajo la consigna de crear y demostrar resultados por detención y no por impartición de justicia, o con sentencias condenatorias, que sean justas y equiparables a los delitos cometidos y en estricto sentido apegado al debido proceso.

En ese orden de ideas, el Gobierno de México, a través del Cuaderno Mensual de Información y Estadística Penitenciaria Nacional, señala que, hasta el mes de noviembre de 2022, un total de 230,000 personas se encuentran privadas de su libertad, estando a la cabeza el Estado de México con 34,768 personas, seguido por la Ciudad de México con 25,742, encontrándose Puebla en el octavo sitio con 8,655.

## POBLACIÓN PRIVADA DE LA LIBERTAD NOVIEMBRE 2022



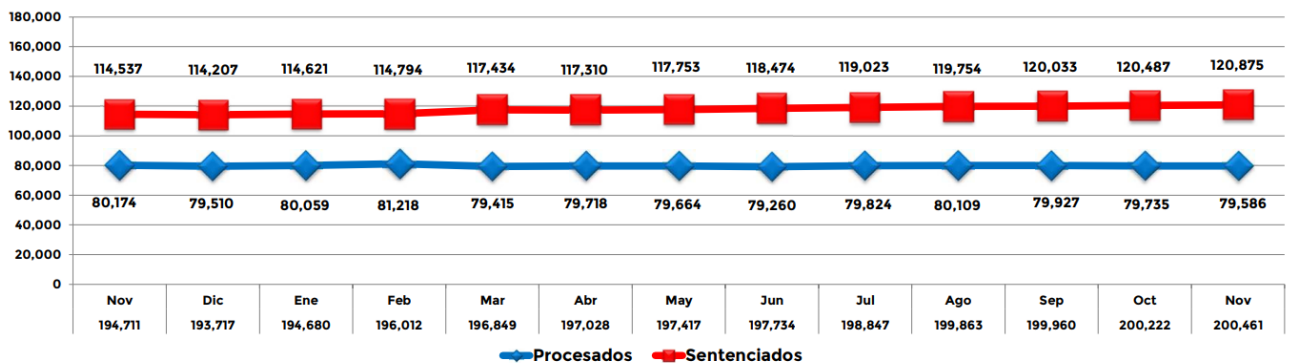
Fuente: Cuaderno Mensual de Información y Estadística Penitenciaria Nacional.

Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social.

Noviembre 202

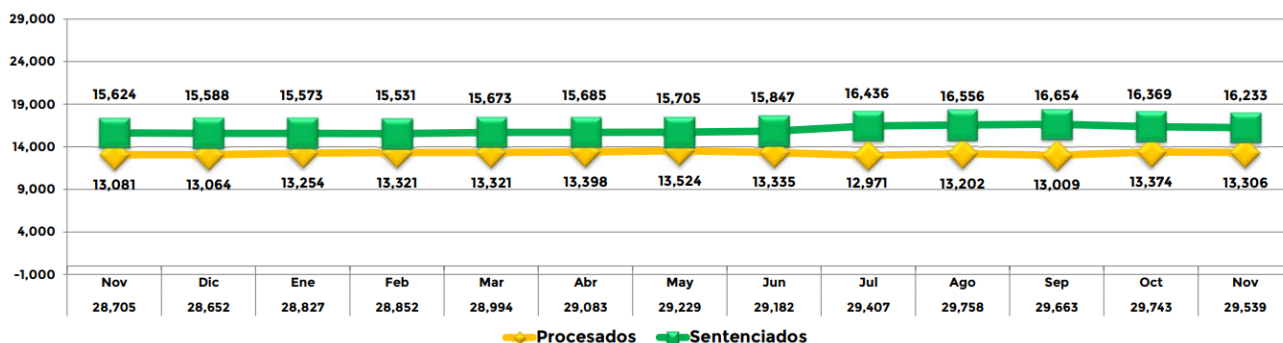
De los cuales, en el fuero común se encuentran procesadas 79,586 personas y 120,875 sentenciadas, y del fuero federal 13,306 personas procesadas y 16,233 con sentencia.

## POBLACIÓN PRIVADA DE LA LIBERTAD POR FUERO Y SITUACIÓN JURÍDICA NOVIEMBRE 2021 – NOVIEMBRE 2022 FUERO COMÚN



Fuente: Cuaderno Mensual de Información y Estadística Penitenciaria Nacional.

POBLACIÓN PRIVADA DE LA LIBERTAD POR FUERO Y SITUACIÓN JURÍDICA  
NOVIEMBRE 2021 – NOVIEMBRE 2022  
FUERO FEDERAL

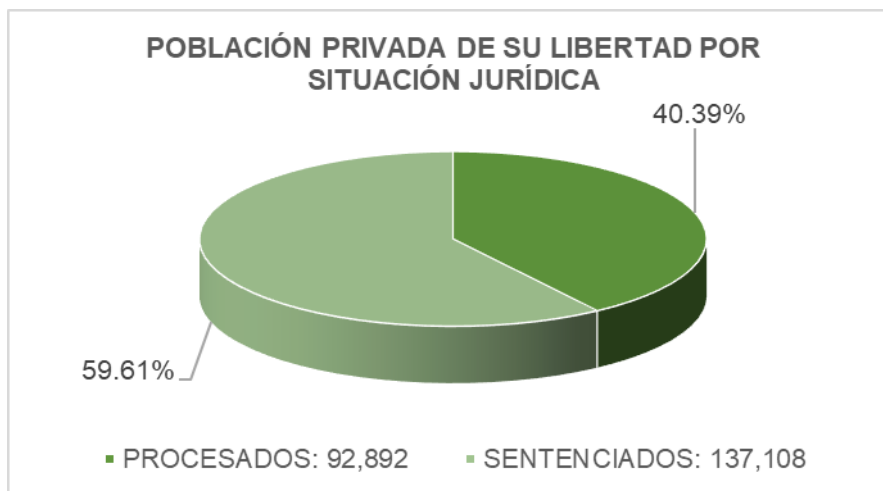


Fuente: Cuaderno Mensual de Información y Estadística Penitenciaria Nacional.

Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social.

Noviembre 2022

De las gráficas que preceden, se desprende que, del total de la población privada de su libertad, el 59.61% cuenta con una sentencia condenatoria, y un 40.39% están siendo procesados, en otras palabras, el 40.39% de la población privada de su libertad no cuenta con una sentencia, sino que son sujetos de una medida cautelar que los priva de su libertad.



Fuente: Cuaderno Mensual de Información y Estadística Penitenciaria Nacional.  
 Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social.  
 Noviembre 2022

El Doctor Raúl Contreras Bustamante, en la columna *Corolario* del periódico digital Excelsior, señala que la estadística penitenciaria nacional, reporta que a noviembre de 2021 se registró una sobrepoblación de 6,374 personas, mientras que, en el mismo mes, pero de 2022, la población ascendió un 99.4%, esto es 6,374 personas más, lo que atribuye a la aplicación de la prisión preventiva oficiosa como medida cautelar.<sup>106</sup>

Lo que se traduce en un grave problema en las condiciones de hacinamiento y sobrepoblación, pues las celdas albergan más personas de las que originalmente debían estar ahí, no cuentan con los servicios sanitarios básicos, como agua y espacio, máxime con una pandemia, en la que los reclusos no cuentan con los mínimos requisitos indispensables para cumplir de manera digna una sentencia condenatoria, o bien, pasar de manera digna el proceso al que están siendo

<sup>106</sup> CONTRERAS BUSTAMANTE, Raúl. Ineficacia de la prisión preventiva oficiosa, Corolario. EXCELSIOR. <https://www.excelsior.com.mx/opinion/raul-contreras-bustamante/ineficacia-de-la-prision-preventiva-oficiosa/1565652>

sometidos, en virtud de que se encuentran detenidos bajo una figura de medida cautelar.

Previo a explicar en qué consiste tanto la prisión preventiva oficiosa, la prisión preventiva justificada o la de carácter legal, es necesario comprender de manera correcta lo que por sí sola es la Prisión Preventiva, sus objetos y alcances, para que se entienda el porqué de estos tres supuestos por los que una persona pudiera llegar a perder su libertad, al estar sujeta a un procedimiento penal.

El segundo párrafo del artículo 19 Constitucional, contiene interesantes disposiciones acerca de la prisión preventiva: algunas progresistas; otras preocupantes o francamente negativas.

Los tipos penales que se encuentran enlistados en dicho numeral y en consecuencia en el diverso 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales son a los que se les debe de imponer la prisión preventiva de carácter oficiosa, ya que así lo consideraron los legisladores.

Por lo que ante dicho mandato constitucional los Jueces imponen la prisión preventiva oficiosa, porque está obligado a imponerla, no está a su criterio por lo que no se valora si se violenta el derecho humano de la libertad o el derecho humano de presunción de inocencia.

Tan es así, que a pesar de que el Ministerio Público no solicite la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, los jueces están obligados a imponer esta medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, por el simple hecho de que el delito que se manifestó dentro de la clasificación jurídica realizada por la representación social dentro de la solicitud de vinculación a proceso, en ese sentido el Juez de manera directa y obligada impone la prisión preventiva oficiosa.

Entonces, cuando un Juez no valora los datos de prueba o elementos que se pudieran haber controvertido en audiencia y dicta una medida cautelar por el simple hecho de que el delito que se imputa es de prisión preventiva oficiosa, estamos

hablando de una violación flagrante y directa a los derechos humanos, ya que el Juez justifica dicha medida ya que se encuentra en la norma, porque fue establecida por los legisladores.

Pasando a la prisión preventiva de carácter "justificado", es el Agente del Ministerio Público quien la solicita, ya que está facultado para ello, bajo las supuestas consideraciones de "riesgo", y que trata de justificar a través de lo contemplado en los artículos 168, 169 y 170 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que sería peligro de sustracción del imputado, del peligro de obstaculizar el desarrollo de la investigación o del riesgo que pudieran sufrir las víctimas u ofendidos, los testigos o la comunidad.

Para ello se deben de controvertir esas supuestas causas de justificación que presenta el Ministerio Público, y que dichas causas de justificación deben de ser con apego a la proporcionalidad e idoneidad.

Ahora bien, hay otro momento o supuesto donde se le puede imponer al imputado la prisión preventiva y que no tiene que ver con la prisión preventiva oficiosa, ni la justifica, y esta es la prisión preventiva de "carácter legal", misma que nos remite al artículo 167 en sus párrafos primero y segundo del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Dicha solicitud de medida cautelar de prisión preventiva de carácter legal, la puede solicitar tanto el Agente del Ministerio Público como el Asesor Jurídico en caso de que haya tenido el uso de la voz en audiencia de solicitud de medidas cautelares, donde pueden solicitarla porque el imputado este siendo procesado o haya sido sentenciado y condenado por un delito doloso.

Y en otro segundo momento bajo el "supuesto de que el imputado este siendo procesado", lo que pareciera que el imputado se está colocando solo para que se le imponga la medida cautelar de prisión preventiva, y en este caso ni siquiera existe causas de justificación o de riesgo que fundamenten dicha solicitud de prisión preventiva.

Si por la naturaleza de que se impone prisión preventiva de manera oficiosa derivado del mandato constitucional es total mente violatoria de los derechos humanos, aún más lo es el hecho de que bajo causas supuestamente justificadas y por el hecho de haber sido condenado por delito doloso o estar siendo investigado donde no se argumenta ni la proporcionalidad de la medida cautelar ni su idoneidad, es demostrado la violación a los derechos humanos.

En este punto conviene recordar que la reclusión de quien se encuentre sujeto a proceso, antes de que exista sentencia que determine la responsabilidad penal del preso, es contraria al principio o presunción de inocencia. Cualquier artificio para sostener lo contrario tropieza en el contraste que existe entre el amplio alcance que pretende tener la presunción de inocencia y la realidad de la privación de la libertad de manera cautelar.

Toda vez que, bajo ese escenario, una persona que está siendo procesada puede ser privada de la libertad rompiendo el derecho de presunción de inocencia, ya que en el otro proceso no ha sido sentenciado de manera condenatoria.

Después de lo manifestado dentro de este apartado de prisión preventiva, se puede comprender que a pesar de que la misma debe de ser de carácter excepcional, bajo las circunstancias que se puedan dar por la solicitud de la medida cautelar justificada o legal, pues cualquier persona corre el riesgo de estar en prisión bajo cualquiera de estos 3 supuestos.

Ahora bien la prisión preventiva con la excepcionalidad como característica y principio rector de las medidas cautelares estriba en que la prisión preventiva no es ni puede ser la regla, de ahí que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 18 y 19 y diversos numerales del Código Nacional de Procedimientos Penales violan derechos humanos, no se hace un valor de control de convencionalidad, por ende no se privilegian los principios *pro-persona*, ni el de *indubio pro reo*

Con relación a la excepción de la medida cautelar de prisión preventiva se cuenta con la medida cautelar de resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, así como la colocación de localizadores electrónicos, medidas cautelares que provoca y que señala como objetivo que una persona, pueda llevar el procedimiento en libertad garantizando que dicha persona no se sustraerá de la acción de la justicia y que es una obligación que debe de cumplir dicha persona imputada.

Esta medida cautelar a pesar de provocar la permanencia de un individuo en su domicilio sin que tenga derecho de salir de él es una medida cautelar que en efecto es mucho más garantista del debido proceso, como del principio de presunción de inocencia.

Lamentablemente, aunque en México existe esta medida cautelar no se lleva a cabo de manera regular o cotidiana por la falta de un adecuado funcionamiento de las instituciones, pues países existen áreas especializadas en resguardar y vigilar que las personas cumplan con esta medida cautelar.

Por el contrario, en nuestro país los recursos materiales, tecnológicos y humanos son insuficientes, por lo que para los legisladores y las instituciones judiciales es más cómodo ordenar la prisión preventiva sea oficiosa o justificada.

En el procedimiento penal, existen las denominadas peticiones específicas, mismas que consisten, en términos generales, en el manejo de las salidas alternas y de la prisión preventiva.

Las primeras son relevantes debido a que la mayor parte de la actividad del abogado litigante en materia penal se concentrará en las salidas previas al juicio, por lo que es pertinente conocer en detalle en que consiste cada una de estas y sus ventajas y desventajas, a fin de evaluar correctamente en qué casos y de acuerdo con la estrategia de litigación (teoría del caso), conviene recurrir a ellas.

La reforma Constitucional del 18 de junio del 2008 tiene como una de sus prioridades corregir este problema mediante un nuevo tratamiento de las medidas cautelares en general, donde se incluye la prisión preventiva.<sup>107</sup>

Las preguntas por resolver sobre este tema son: ¿Por qué constituye una medida cautelar?, en tanto medida cautelar, ¿Cómo se justifica? Y ¿Cómo se maneja procesalmente?

Las medidas cautelares tienen como finalidad asegurar, en general el cumplimiento o la ejecución de una hipotética y futura sentencia, pues la aplicación de la justicia no puede ser instantánea, de serlo no sería justicia.

En consideración de la necesidad de sopesar su aplicación con base en pruebas, lo cual implica un proceso de obtención, ofrecimiento, preparación, desahogo y valoración que toma tiempo, en ocasiones es necesario tomar providencias o precauciones a fin de evitar que una vez que se llegue a la sentencia hayan desaparecido las condiciones para su cumplimiento.

De esta forma, las características de toda medida cautelar, en cualquier proceso, son:

- a) Su instrumentalidad, es decir, estar al servicio de una futura sentencia sobre el fondo;
- b) El peligro en la demora (*periculum in mora*), el que deba existir condiciones que amenacen hacer imposible su ejecución, y
- c) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), que existan condiciones que jurídicamente justifiquen la existencia de una medida cautelar<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F. y. RAMÍREZ SAAVEDRA, Beatriz E *Litigación Oral y Práctica Forense Penal*. México: Editorial Oxford, 2009. p. 87. ISBN978-607-426-035-9.

<sup>108</sup> Ibid. p. 88.

Las medidas cautelares en materia penal obedecen a la necesidad de garantizar el cumplimiento de una hipotética y futura condena; pero, por otro lado, el establecimiento de las mismas sobre el acusado entra en colisión con otro de los principios esenciales del proceso penal acusatorio: “la presunción de inocencia”.

Si el acusado tiene derecho de ser tratado como inocente mientras el juez no declare su responsabilidad, resulta difícil justificar en abstracto la privación de su libertad en forma preventiva.

En México, como en el resto de América Latina, constituyen una figura a la que se recurre para suplir las deficiencias investigativas del abogado, de la acusación y no tanto para prevenir el eventual incumplimiento de una futura condena.

El diseño del proceso tradicional también ha favorecido la aplicación excesiva de la prisión preventiva, al establecer, por un lado, una categoría de delitos que no pueden acceder a la libertad provisional, sin importar las condiciones particulares de cada acusado y, por otro, al establecer como consecuencia directa del auto de término constitucional la privación de la libertad<sup>109</sup>.

El nuevo proceso penal acusatorio tiene como uno de sus objetivos separar la decisión sobre continuar o no con el proceso después de la etapa de investigación-función que le corresponde al autor de término constitucional de la decisión sobre el establecimiento de medidas cautelares, la cual estará fundada a partir de las condiciones personales del acusado y de las circunstancias del delito.

El criterio para analizar el segundo aspecto no es, contra lo que podría pensarse desde una aproximación del sentido común, evaluar la peligrosidad del sujeto, sino una decisión eventual de este para no afrontar el resultado de sus actos<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F. y. RAMÍREZ SAAVEDRA, Beatriz E op. cit.

<sup>110</sup> Ibid. p. 89.

Respecto a la última pregunta planteada al inciso de este apartado - ¿Cómo se maneja procesalmente la libertad preventiva? -, las reglas se establecen en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el párrafo segundo del artículo 19, donde textualmente se señala:

*Solo se justificará la prisión preventiva, ..., cuando el ministerio público demuestre que es estrictamente necesaria para evitar que el acusado se sustraiga a la acción de la justicia, en el supuesto de que estaría dispuesto a destruir pruebas o a poner en peligro a la víctima o a los testigos, o cuando exista una condena previa en su contra por delito doloso. El abogado litigante encuentra, a su vez, que en los casos en que no se trate de los delitos inexcusables por mandato constitucional, tiene una puerta abierta para discutirle al ministerio público las razones que haya esgrimido, ...<sup>111</sup>.*

De lo que se desprende que el sistema penal busca la ejecución de la pena para evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad; sin embargo, la experiencia dicta que su fin es buscar que a la persona acusada se le castigue y se le dicte una pena, lo que implica que se deja de presumir inocente a la persona indiciada, en otras palabras, lo que se busca es *presumir como culpable a cualquiera que sea acusado* sin realizar la investigación correspondiente.

### **3.2. El origen del concepto cautelar de la prisión preventiva oficiosa**

El concepto de Prisión Preventiva Oficiosa lo encontramos a fines del siglo XVIII, denominado como, dice Diego Dei Vecchi, "cambio de paradigma" del sistema de enjuiciamiento penal, en virtud de que este, deja atrás al sistema de enjuiciamiento inquisitivo.

Dicho autor, menciona que dicho cambio de paradigma tiene su fuente en el rechazo de la presunción de culpabilidad, de la concepción de imputado como "objeto" de investigación "socialmente peligroso", y del abandono de la consecuente

---

<sup>111</sup> NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F. y. RAMÍREZ SAAVEDRA, Beatriz E op. cit. p 90.

concepción de la privación de la libertad durante el proceso como medio insoslayable de protección social<sup>112</sup>.

De igual forma sostiene que existe un rechazo categórico del sistema de enjuiciamiento en virtud de los derechos humanos, en específico en lo que se refiere a la recepción positiva del principio de presunción de inocencia, que considera que toda persona será considerada inocente hasta en tanto no exista una condena en un procedimiento que respete el principio del debido proceso, que establezca lo<sup>113</sup>.

Este concepto cautelar surge en el siglo XVIII con la finalidad de realizar un verdadero cambio de enjuiciamiento o procedimiento en materia penal, ya que, en el denominado procedimiento inquisitivo, en el que no se privilegiaba la presunción de inocencia y ninguno de los demás derechos humanos, provocaba el arbitrario actuar de la autoridad, por lo que no existía una real aplicación de la técnica jurídica, de la norma, sin que se aplicara el debido proceso.

Entendiendo que la presunción de inocencia define en sí mismo al sistema de enjuiciamiento debido a sus implicaciones. Tradicionalmente se derivaron de la presunción de inocencia ciertas reglas específicas. Entre ellas, la "regla de tratamiento" del imputado cual inocente y la "regla de juicio"<sup>114</sup>.

Derivado de lo anterior, a la fecha se dice que la presunción de inocencia explica en sí mismo el sistema de enjuiciamiento respecto a lo que implica. En consecuencia y de forma preponderante se derivaron de la presunción de inocencia reglas más específicas; una de ellas es la regla de tratamiento del imputado como inocente y la regla de juicio.

El dictamen de la reforma de los Diputados reconoce que la sugerencia contenida en este supone que la prisión preventiva "se aplique en todos los casos".

---

<sup>112</sup> DEI VECCHI, Diego, op. cit.

<sup>113</sup> Idem.

<sup>114</sup> DEI VECCHI, Diego, op. cit.

Para advertir la intención del legislador, trasladada a la Reforma Constitucional en materia penal, conviene observar que la expresión “oficiosamente”, que no figuraba en el primer dictamen de los diputados para la reforma, se incorporó en la minuta de la Cámara de origen y llegó al Senado.<sup>115</sup>

Es evidente que la reforma Constitucional penal, no solo tiene errores, sino que pareciera que el sistema penal en sus entrañas no lo quieren cambiar los legisladores y en una forma disfrazada, hablan de legalidad, derechos humanos, justicia, igualdad, equidad, etcétera, pero en el fondo se mantienen las mismas violaciones a los derechos humanos y a los distintos principios procesales.

Como se advierte del análisis hecho por el Doctor Sergio García Ramírez, lo contemplado en el artículo 19 constitucional, es una flagrante violación de derechos humanos.

Por ende, al momento de aplicar en la práctica dicho ordenamiento, se traduce en la impunidad y arbitrariedad aplicada por los supuestos órganos de aplicación e impartición de justicia, ya que todo es meramente ambiguo y queda a la interpretación en la aplicación de la ley, pero que realmente va en un sentido doloso en contra de toda persona indiciada, por tanto, no tiene derechos que protejan del actuar ilegal de la autoridad.

Con el incremento de delitos del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los mencionados en el 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, y leyes generales, cualquier persona al interior del país, corre el peligro de que se le inicie una investigación, sin elementos que justifiquen de inicio que se cometió un delito y por el simple hecho de fingir o inventar que hubo medios violentos, armas, explosivos, etc., cualquier persona puede sufrir de la prisión preventiva oficiosa y peor aún de la prisión preventiva justificada.

---

<sup>115</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o Autoritarismo?* Quinta Edición. México: Editorial. Porrúa, 2008, p 104. ISBN: 9786070924378

Lo que Implica, por un lado, que la responsabilidad probatoria de la hipótesis delictiva recae sobre la acusación y, por el otro, que ha de absolverse al imputado si la prueba es insuficiente para aceptar dicha hipótesis como verdadera.

Como regla de trato del imputado, la presunción de inocencia implicaría un verdadero contrapeso, si no obstáculo insalvable, frente a la pretensión de encarcelar a un individuo no declarado culpable: ¿cómo explicar el encarcelamiento de aquel que debe ser tratado como inocente si no ha sido condenado?

Sin embargo, la propia Declaración de derechos del hombre de 1789, estandarte iluminista del cambio de paradigma, admitía la posibilidad de encarcelamiento previo a condena, estableciendo en su artículo 9, luego de consagrar genéricamente la presunción de inocencia, que el "arresto" podría efectuarse en casos de extrema necesidad al margen de los cuales habría de considerarse ilegítimo.

Entre los intelectuales que inspiraron el cambio de paradigma aludido, el propio Beccaria estimaba legítimo el encarcelamiento previo a condena en ciertos casos:

*"...la carecer è duque la señaalice custodia d'un cittadino finché sia giudicato reo, e questa custodia essendo essenzialmente penosa, deve durare il minor tempo possibile e dev'essere meno dura che si possa. Il minor tempo dev'essere misurato e dalla necessaria durazione del processo e dall'anzianità di chi prima ha un diritto di esser giudicato. La strettezza della carcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti".<sup>116</sup>*

De este modo, la presunción de inocencia se entendía desde el primer momento como prohibición de trato al imputado en idéntico modo y con idéntica

---

<sup>116</sup> "...la custodia de un ciudadano hasta que sea juzgado culpable, y siendo esta custodia esencialmente dolorosa, debe durar lo más breve posible y debe ser lo más dura posible. El menor tiempo deberá medirse por la necesaria duración del proceso y por la antigüedad de los primeros que tengan derecho a ser juzgados. La estrechez de la prisión sólo puede ser necesaria, ya sea para impedir la fuga, o para no ocultar las pruebas de los delitos".

finalidad en relación con el condenado. Si, por el contrario, el encarcelamiento no fuere concebido en idéntico modo y/o con idéntica finalidad respecto de la pena, pues entonces no estaría dicho que fuere ilegítimo, al menos no a la luz de la presunción de inocencia.

Pero la apuesta era aún más notable, ya que se afirmaba que, si el encarcelamiento fuere dispuesto en vistas de la tutela exclusiva de los fines del proceso penal, no solo no resultaría ilegítimo por "no ser pena", y estaría además justificado. En este sentido, el "cambio de paradigma", los sucesos que lo precedieron y los argumentos políticos, morales y jurídicos a él subyacentes, en lo referente a la prisión preventiva significaron una mera "alteración de concepción", como ha dicho Ferrajoli más peyorativamente, un fraude de etiqueta.

A esto han de agregarse los resabios de dos momentos históricos ulteriores en que la legitimación de la prisión preventiva se vio reforzada precisamente por los ataques a la presunción de inocencia.

El primero de esos momentos se identifica con el auge de las ideas del positivismo criminológico, cuyos exponentes rechazaron el principio de presunción de inocencia sobre la base de la visión global que poseían acerca del fenómeno penal: considerar inocentes a acusados biológicamente predispuestos al crimen resultaba irracional desde todo punto de vista<sup>117</sup>.

Continúa el autor que la prisión preventiva era una medida de protección social. La prisión preventiva resulta indispensable y única, lo que se traduce en una dificultad total para el derecho de presunción de inocencia, que se magnificó con la entrada de las ideas de la "Escuela técnico-jurídica" cuyos exponentes fueron Alfredo Rocco y Vincenzo Manzini<sup>118</sup>. El primero de ellos sostenía que la presunción de inocencia es:

---

<sup>117</sup> DEI VECCHI, Diego, op. cit.

<sup>118</sup> Idem.

*"...una stravaganza derivante da quei vietati concetti, germogliati dai principi della Rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie individuali"<sup>119</sup>.*

Esta escuela sostuvo que existía incompatibilidad de los principios éticos con la prisión preventiva, entendida como un principio "ético". Las ideas de esta escuela se plasmaron en el *Codice di procedura penale* italiano de 1930, conocido como "Código Rocco", preceptos que se sostuvieron en el Código Procesal Penal de la provincia argentina de Córdoba de 1939, lo que conllevó a una etapa de reformas legislativas dentro de ese país y que se extendió a otros países latinoamericanos<sup>120</sup>.

Entonces, por lo que aquí respecta, los siglos XX y XXI, es el hecho de que se positivizan los derechos fundamentales, aunque en el procedimiento penal no existan grandes cambios.

Ahora bien, la prisión preventiva, debe contemplar todos los caracteres de cualquier otra medida para su aplicación, entre los que destacan la instrumentalidad, excepcionalidad, legalidad y jurisdiccionalidad, lo que implica que solo podrá aplicarse mediante una decisión judicial en la que se justifique plenamente la validez de la premisa normativa que establece las condiciones a que se supedita el encarcelamiento cuanto la presencia de hechos condicionantes, premisa fáctica.

### **3.3. Flagrancia.**

La Flagrancia es la detención de una persona acusada o señalada por haber cometido un delito en ese mismo momento o que puede ser detenida después de haberlo cometido o ser señalado por haberlo realizado tras la percepción de los sentidos e, incluso, por medio de instrumentos tecnológicos.

---

<sup>119</sup> *"...una extravagancia derivada de esos conceptos prohibidos, brotados de los principios de la Revolución Francesa, por los cuales las garantías individuales son llevadas a los excesos más exagerados e incoherentes"*.

<sup>120</sup> GONZALO MIRANDA, Julio, *La prisión provisional como pena anticipada* [en línea] Doctorado en Derecho y Ciencia Política, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2020 [consulta 20 noviembre 2022] Disponible en: [https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/672290/JGM\\_TESIS.pdf?locale-attribute=es](https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/672290/JGM_TESIS.pdf?locale-attribute=es)

A esta persona, a partir de ese momento se le puede denominar como “indiciado” y hasta el momento en que se le formule imputación en audiencia ante el Juez de Control, ya que a partir de ese momento se le denominara “imputado”.

Esta detención no garantiza que la persona tenga que sufrir de prisión preventiva oficiosa ya que no nos habla del delito que se comete, sino que únicamente pretende hacer ver a la autoridad jurisdiccional que el indiciado se encontraba en el lugar de los supuestos hechos o que tuvo un seguimiento hasta el momento de su detención.

De igual forma, deben de existir indicios o datos de prueba que acrediten su participación en, ya que en algunos casos al tratarse de un delito denominado como grave, esta detención o supuesta detención en flagrancia, pudiera ser bajo la violación de derechos humanos en contra de la persona acusada, solo con el objeto de tratar de engañar a la autoridad judicial, para el efecto de poder conseguir una prisión preventiva oficiosa, hecho que parece ser ficción pero que en la realidad ocurre.

En la práctica, se utiliza como un método para la detención de determinadas personas que ya son sujetas de investigación por otro delito, con lo que la autoridad asegura su detención y evita así que se sustraiga de la justicia, aun antes de contar con los datos de prueba suficientes para realizar su detención.

Por lo que se planea la elaboración de un hecho delictivo, o se aprovecha algún hecho de tránsito, para vincular a la persona que se pretende detener, como fue el caso del ex comisionado de la Policía Federal, Facundo Rosas quien al cometer un delito culposo detuvieron de manera inmediata, quien casualmente tenía ya una orden de aprehensión por ser presunto responsable del operativo conocido como “rápido y furioso”.

De ahí que, los policías, por sí mismos o bien, por acatar órdenes de la representación social e incluso por persecución política, recurren a esta la mala práctica mejor conocida en el argot popular como “la creación de un chaleco”, tan es

así, que México es uno de los pocos países que legitima la detención de un indiciado en flagrancia.

Prácticas inquisitorias, que no permiten la evolución de la práctica y técnica policial o ministerial y por ende nos enfrentamos a carpetas de investigación mal integradas, que terminan generando desgaste económico al Estado, y a los poderes judiciales, ya sean estatales o federales.

Hecha esta salvedad, la flagrancia, se actualiza, como lo indica la etimología de la palabra, cuando el delito se encuentra a la vista o es manifiesto. Conforme al Diccionario de la lengua española, “flagrancia” implica que algo “flagra”, que “se está ejecutando actualmente”. Y flagrar es “arder o resplandecer como fuego o llama”. En su antiguo diccionario, el clásico Joaquín Escriche puntualiza: “se dice que un delincuente es cogido en flagrante cuando se le sorprende en el mismo hecho”<sup>121</sup>

En casi todos los sistemas acusatorios se exige una “causa probable” para poder detener a una persona; no olvidando que flagrancia no nos describe o hace referencia a un delito en específico, sino más bien a un modo de detención, en el que se pretende acreditar que se detuvo a una persona en el momento de la comisión de un supuesto hecho que la ley penal señala o tipifica como delito, de ahí que, tratándose de proteger los derechos humanos, la flagrancia no es el tipo de detención más justa o segura.

Se debe agregar que, bajo este supuesto de detención en flagrancia, se ha abusado y demostrado que se han detenido a muchas personas, manifestando que su detención fue bajo este concepto de flagrancia, que estaban en el lugar y momento en que se supone que ocurrieron dichos hechos, sin que en muchos casos no queda debidamente demostrado que la detención sea apegada a Derecho o se hubiera realizado como se sostiene, en ese sentido estas detenciones arbitrarias o creadas son violatorias de los derechos humanos.

---

<sup>121</sup> GARCÍA RAMÍREZ Sergio, óp. cit. p. 71.

Motivo por el cual, en la práctica se puede observar que, pese a la acusación del ministerio público ante el juez de control, estos últimos califican de ilegal dicha detención, justo porque el Ministerio Público no ha podido acreditar que fue en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, necesarias para hacer creer que fue la detención en dicho supuesto.

Circunstancias que son de carácter obligatorio en el Derecho penal, ya que no solo sirve para este fin de la flagrancia, sino para poder crear la Teoría del Caso y que sustentan la Teoría del Delito, sin embargo, se centran en la legítima detención de una persona y no en el delito y mucho menos en los datos de prueba.

En tal sentido, cualquier indicio encontrado se pretende utilizar para iniciar con un señalamiento directo a una persona o personas, más que para poder explotarlo en el curso de la investigación y que sirva, en su momento, para demostrar la responsabilidad, culpabilidad y en su caso el grado de participación de las personas. Por lo que se debería de preocupar la autoridad de que ese indicio no llegué a ser señalado como un elemento contaminado o que no deba de ser considerado, pues fue obtenido bajo circunstancias erróneas, malas prácticas o malas técnicas.

La Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos contempla la detención en flagrancia en el artículo 16, párrafo quinto, mismo que dispone de algunos elementos para que se actualice el supuesto sujeto de estudio, a saber:

1. Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito; o inmediatamente después de haberlo cometido;
2. Ponerlo, sin demora, a disposición de la autoridad más cercana,
3. Presentarlo con la misma prontitud, ante el Ministerio Público, y
4. Crear un registro inmediato de la detención<sup>122</sup>.

---

<sup>122</sup> JUÁREZ VEGA, Carmen, CORREA CHÁVEZ, José Jesús, ESPINOZA GONZÁLEZ, Juan Ricardo. óp. cit. p. 167.

Ahora bien, el Código Nacional de Procedimientos Penales en el artículo 146 contempla los supuestos de flagrancia:

1. La persona sea detenida en el momento de estar cometiendo un delito,
2. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que:
  - a. Es sorprendida cometiendo el delito y se persiga material e ininterrumpidamente, o
  - b. Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiera intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

En la fracción I del artículo 146 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la que, la persona es detenida justo en el momento de que está desplegando la acción típica y antijurídica.

En contraste, la fracción II del numeral en mención, prevé que se puede detener a una persona en flagrancia cuando es detenida inmediatamente después de cometerlo, que es sorprendida cometiendo el delito y que es perseguido después de cometerlo de manera material e ininterrumpidamente, con lo que se advierte que presenta otras opciones más allá de lo normado en el texto constitucional y

El sentido de ser perseguido de manera material, es que puede ser con la ayuda de algún medio o elemento como vehículos de cualquier tipo, aeronaves, embarcaciones etc. así también a través de medios tecnológicos como cámaras, drones o cualquier otro que la ley permita o por una persecución a pie, sin importar la distancia que se pueda recorrer y que sea percibido por los sentidos,

Por cuanto hace a que sea ininterrumpido, se tiene la creencia de que al perder de vista a la persona se rompe el seguimiento que se le hace, mas no es así, el término ininterrumpidamente, debe entenderse como una secuencia con relación a

las calles o lugar que recorre, incluso con apoyo tecnológico como son cámaras o geolocalizadores, que permitan ubicar a la persona sin perderla de vista hasta el momento de su detención, cayendo nuevamente en que es a través de los sentidos.

Además, prevé que la persona señalada por la víctima u ofendido o testigo del hecho criminal, sea detenida por algún elemento de la policía, deberá ser informado sobre los hechos que generan su detención y se realizará la lectura de sus derechos, para que de manera inmediata sea puesto a disposición de la autoridad ministerial y en consecuencia sea detenido.

Por otra parte, debe de existir un señalamiento directo sobre la persona que es acusada de haber cometido el delito, y en los casos de querrela cuando la persona que es víctima u ofendido se entere de que fue detenida la persona por medio de otro que no lo perdió de vista o que fue seguido por los medios tecnológicos, se deberá de presentar ante el agente del Ministerio Público a formular la misma, en un plazo no mayor de doce horas una vez que fue notificado de la detención o un plazo no mayor a veinticuatro horas después de que fue detenido, sino será puesto en libertad.

Ante todas estas circunstancias que deben ser vertidas por el Ministerio Público en audiencia, la defensa tiene la oportunidad de debatirlas conforme al principio de contradicción, y que después de la interpretación que pueda tener el Juez de control, advertirá si se califica de legal o no la detención en el supuesto de flagrancia.

En caso de que se califique de legal dicha detención se continua con la secuela procesal de la audiencia inicial, dando paso a la formulación de imputación.

Pero, en caso de que no se califique de legal la detención por los argumentos vertidos en la resolución del Juez, en ese mismo se pondrá en libertad a la persona que está siendo investigada. No perdiendo de vista que, si bien puede no calificar de legal la detención el Juez, no quiere decir que en todos los casos se concluya la investigación, ya que en la misma resolución lo manifestará, y en caso de que

continúe, puede seguir el procedimiento en libertad bajo las reservas que la ley contemple.

Como se menciona anteriormente y a sabiendas de que muchos de los delitos se fabrican para poder afectar a alguien o bajo el pretexto de que se le debe de detener por ser una persona que genere riesgo a la sociedad o porque se pueda sustraer de la acción de la justicia, esto deviene en contra de los derechos humanos, sin importar que sea el peor de los criminales.

Y si el Estado no puede dar certeza a través de un debido proceso y debe de recurrir a la comisión de delitos, para poder detener a otro delincuente, nos encontramos en el riesgo social y ante la hipótesis de que un delincuente que persigue delincuentes no puede producir seguridad social, ni tranquilidad a la ciudadanía y jamás será la persona indicada para proteger los derechos humanos.

#### **3.4. Caso urgente.**

Continuando con otra de las formas de detención, se tiene el caso urgente, que, a decir del que suscribe, hoy no tiene razón de ser, ya que desde hace muchos años se cuenta con los medios tecnológicos, necesarios y suficientes, para que la detención se pueda dar a través de una solicitud que el Ministerio Público le haga al Juez de Control pidiendo se libere una orden de aprehensión.

Aunado a lo anterior, este dicho se fortalece, ya que por la pandemia por la Covid-19 por la que nos vimos afectados, se comenzó a generar nuevas formas de comunicación entre todos los actores procesales en todo el país, mismos que se han vuelto de carácter obligatorio, para todos los intervinientes.

Hecha esa salvedad, entendamos que la detención por caso urgente es una figura excepcional, que comparte los mismos requisitos que una orden de aprehensión, con la diferencia sustancial de que no es expedida por una autoridad judicial, sino por el Ministerio Público.

Para la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió un criterio jurisprudencia, 1a./J. 51/2016 (10a.), en el que señala cuáles son los extremos y características ontológicas que deben cumplirse a efecto de llevar a cabo dicha detención:

**DETENCIÓN POR CASO URGENTE. REQUISITOS PARA SU VALIDEZ.**

*... sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave... ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial... el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder...*

Este criterio señala también los elementos esenciales para poder proceder con dicha detención, de lo contrario la misma no será viable:

- a. Que se trate de un delito grave;
- b. Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia
- c. Será bajo de la responsabilidad del Ministerio Público ordenar la detención
- d. El ministerio público deberá fundar y expresar cuáles son los indicios que motivan dicha detención

Así mismo, establece cuáles son las características ontológicas que describen la detención por caso urgente, consistentes en que:

- a. Es una restricción al derecho a la libertad personal;
- b. Es extraordinaria, pues deriva de condiciones no ordinarias, como el riesgo fundado de que la persona acusada de cometer un delito grave se sustraiga a la acción de la justicia y que, por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial a solicitar una orden de aprehensión; y,
- c. Es excepcional, pues se aparta de la regla general sobre el control judicial previo dentro del régimen de detenciones

Por lo tanto, para que se califique como legal la detención, además de estar sostenida en una orden por parte del Ministerio Público, este deberá verificar que se trata de un delito grave, que es inminente que el inculpado se fugue y que por razones extraordinarias no sea posible el control judicial previo. Requisitos que invariablemente deberán presentarse de manera concurrente, mismos que deberán corroborarse posteriormente por un juez al realizar el control posterior de la detención.

El hecho de que en México se siga utilizando la práctica de la detención por caso urgente, genera incertidumbre, va en contra del principio de legalidad, provocando la falta de credibilidad en las instituciones ministeriales, ya que el que desarrolla y ordena la detención de una persona por medio del caso urgente, lo realiza el Agente del Ministerio Público, sin solicitarlo al Juez de control, se le da una facultad que no debería de tener la representación social, toda vez que en este sistema penal ya no cuenta con fe pública.

Así tenemos que, sólo en caso urgente el Ministerio Público tiene la facultad de ordenar la detención de cualquier persona, por lo que se realizara un documento el cual debe de estar debidamente fundado y motivado a través de las disposiciones legales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en su caso se contempla en el artículo 16, así como en el 150 del Código Nacional de Procedimientos Penales y que a su vez contenga los datos de prueba que contenga la carpeta de investigación que se originó con motivo de la noticia criminal.

Para que el Ministerio Público ordene la detención por caso urgente, es necesario que el delito que se investiga sea contemplado como grave y que a través de los datos de prueba se considere que el inculpado probablemente lo cometió o participó en su ejecución.

Ahora bien, por un lado, el código dice que debe de ser delitos graves y que son los que se encuentran en el mismo ordenamiento o los de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero es totalmente engañoso y contradictorio, ya

que también contempla para ordenar la detención en caso urgente, por delitos cuya media aritmética contemple una pena restrictiva de la libertad que sea de más de cinco años de prisión.

Aunado a esto, debe de existir un riesgo totalmente fundado de que el imputado pudiera evadir la acción de la justicia, para la cual una de las pésimas e inquisitorias prácticas que realizan los policías ministeriales o los agentes del ministerio público es que presentan boletos de camión, supuestamente de que como se le estaba vigilando a la persona, se sabe que pretende irse de la ciudad

Como se comentó al inicio de este apartado, el Ministerio Público también debe de justificar su actuar, manifestando que, por razones de hora, del lugar donde se encuentra o cualquier otra condición que pueda manifestar, es por lo que no puede acudir a realizar la solicitud de orden de aprehensión y por ende es que él mismo ordena la detención y que en caso de que se viera obligado a ir ante la autoridad jurisdiccional, el imputado se pudiera sustraer.

Para este actuar o proceder resulta infundado y no hay causa que lo pueda justificar, ya que desde su celular puede solicitar una orden de aprehensión a cualquier Juez que sea competente.

El código en cita agrava la situación de que se le siga permitiendo al Ministerio Público ordenar el caso urgente, ya que también puede ordenar la detención por los tipos penales que sean graves, aunque la carpeta de investigación sea por tentativa de alguno de ellos.

Si se sigue permitiendo la práctica de la detención por caso urgente se seguirán violando los derechos humanos de las personas detenidas, al ser un acto totalmente discrecional y ordenado por la representación social.

Una vez que se ha detenido a la persona bajo la figura de caso urgente, se debe de realizar el registro de detención, mismo que debe obrar ante el registro nacional de detenciones y consecutivamente debe de ser puesto a disposición de

manera inmediata del Agente del Ministerio Público que ordenó la detención y éste a su vez lo debe de presentar de manera inmediata ante el Juez de Control competente.

Lo anterior a efecto de que el Juez que reciba la consignación del detenido de manera inmediata ratifique la detención o bien, decrete la libertad con las reservas de ley., lo cual está previsto en el propio artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, párrafo séptimo.

De esa forma, en atención al mandato constitucional, el artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales, establece que inmediatamente después de que el imputado detenido en flagrancia o caso urgente sea puesto a disposición del Juez de control, se citará a la audiencia inicial y se realizará el control de la detención antes de proceder a la formulación de la imputación.

Entonces, bajo esta figura, el Agente del Ministerio Público no puede mantener a la persona detenida con él en retención, como es el tema que si sucede en los casos de flagrancia, no cuenta con las 48 horas que tiene en ese supuesto, y presentado ante el Juez, este procederá a calificarla, examinará el cumplimiento del plazo constitucional de retención y los requisitos de procedibilidad, ratificándola en caso de encontrarse ajustada a derecho o decretando la libertad, y en este último caso ordenará se sancione cualquier abuso o violación de derechos humanos.

Sobre el control de la detención, la Primera Sala, mediante la Jurisprudencia 1a./J. 31/2019 (10a.) sostiene como regla la invalidez de todos aquellos elementos de prueba que tengan como fuente directa o se hayan obtenido con violación a los referidos derechos fundamentales -entre otros.

***DETENCIÓN. LA EMISIÓN DEL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO NO ACTUALIZA UN CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA CUANDO EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO SE RECLAMÓ SU CALIFICACIÓN.***

*... la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación... ha determinado como regla la invalidez y exclusión de todos aquellos elementos de prueba que tengan como*

*fuente directa o se hayan obtenido con violación a derechos fundamentales. ...Esto último torna sumamente relevante examinar si esos datos de prueba fueron recabados con respeto a los derechos fundamentales del imputado...*

Es decir, la labor del juzgador que controle la detención de un indiciado será verificar que ésta y otros actos íntimamente relacionados, hayan sido realizados conforme a las exigencias constitucionales, pues de lo contrario, dependiendo el grado en que haya acontecido la violación al derecho fundamental, se determinará la exclusión de los elementos probatorios o se calificará de ilegal la detención.

Por lo que ordenar una detención por caso urgente amerita una consecución de actos y requisitos debidamente apegados a la ley, para que se considere una detención válida, lo que en la realidad no sucede, sin embargo se dicta la prisión preventiva como medida cautelar, misma que al ser violatoria de derechos procede el juicio de amparo, sin que la autoridad responsable pueda invocar la causal de improcedencia del juicio por cambio de situación jurídica, en virtud de que los datos de prueba debieron recabarse con respeto a los derechos fundamentales.

### **3.5. En libertad.**

Como se estableció, las instituciones internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Organización de Estados Americanos, los tratados internacionales, la Convención Americana sobre Derecho Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en todo momento, están pugnando para que se respeten todos los derechos humanos para todas las personas.

Si bien es cierto que el derecho humano a la vida es el más importante, en el entendido de que, sin vida nadie puede disfrutar ninguno de los otros derechos humanos, no se puede reír, trabajar, viajar, no se puede hacer obviamente nada, axiológicamente desde el punto de vista del derecho penal, es el derecho a la libertad personal, el más valioso, tan es así, que muchas personas prefieren perder la vida antes que perder la libertad. Ejemplo de ello, el cura Miguel Hidalgo prefirió perder la vida, antes que perder su libertad.

Es en ese sentido que siempre vigilan que se respete el derecho a la libertad personal, que es el primero de los derechos que toda persona tiene, y que nadie debería de quitarle.

Por lo que es importante tener en cuenta tanto lo que contempla el artículo 19 y el 140 del el Código Nacional de Procedimientos Penales en cuanto hace al derecho de llevar el procedimiento penal en libertad.

El primero de ellos, prevé que toda persona tiene derecho a que se respete su libertad personal, y solo podrá ser privado de la misma a través de un mandamiento emitido por autoridad judicial, o bien, de acuerdo con las causas y condiciones que autoriza la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el CNPP.

Continúa estableciendo que solo se podrán autorizar como medidas cautelares restrictivas de la libertad las previstas en el CNPP y en las leyes especiales, y finalmente, prevé que *la prisión preventiva será de carácter excepcional*.

Por otro lado, el artículo 140 del CNPP, establece que en los casos de detención por flagrancia, tratándose de delitos que no merezcan prisión preventiva oficiosa, se podrá disponer la libertad del imputado, o bien, imponer una medida distinta de protección, sin embargo, cabe hacer mención que este artículo también establece que el Ministerio Público deberá determinar que no solicitará la prisión preventiva como medida cautelar.

Esta libertad debe darse bajo las reservas de ley, y estas reservas de ley es cuando el Agente del Ministerio Público le hace del conocimiento al imputado de que le va a conceder la libertad solo es para efecto de que lleve el procedimiento afuera de la prisión, que no quede detenido, pero no por ello puede incomodar, importunar o agredir a las víctimas.

Incluso, el Ministerio Público puede solicitar que no salga del Estado pues, por el derecho discrecional que tiene de imponer las medidas de seguridad, puede

utilizar las que sean pertinentes o idóneas para que se lleve el procedimiento de manera garantista. Así también la persona imputada debe comparecer ante la representación social cuantas veces lo llamé.

En el caso de incumplimiento, podrán imponérsele distintas medidas de apremio o en su caso en una situación de que deje de comparecer sin una causa de justificación, esta persona podría ponerse en riesgo y perder esa libertad que le ha sido concedida para poder llevar el procedimiento en libertad y, en consecuencia, todo el procedimiento ahora lo tendría que llevar hasta su culminación privado de la libertad a través de la solicitud de una orden de aprehensión.

El artículo 140 del CNPP no nos hace referencia a la parte donde el agente del Ministerio Público, tratándose de delitos que no merecen prisión preventiva oficiosa sobre la situación de la retención que hace el agente del Ministerio Público dentro de su acuerdo de detención en un primer momento desde el inicio y después dentro de la secuela procesal, en esas 48 horas llega un momento en que el agente del ministerio público se hace llegar de distintos elementos o datos de prueba con los que puede constatar que no se cometió un delito entonces pone en libertad.

### **3.6. Prisión preventiva según las familias jurídicas.**

En este punto de la investigación, es necesario realizar una comparación de la prisión preventiva con distintos países, a efecto de encontrar diferencias y similitudes en su aplicación y en la salvaguarda de los derechos humanos y del derecho a la libertad durante el procedimiento.

Por lo anterior, se acudirá a realizar el análisis de los principales países de las distintas familias jurídicas que existen, a saber:

- a. Familia romano-germánico.
- b. El Common Law
- c. El Derecho socialista.
- d. El Derecho religioso.

e. Los sistemas mixtos.

Es conducente hacer mención que, al referirnos a una familia jurídica o un sistema jurídico, atendemos al derecho comparado, que tiene un auge interesante a inicios del siglo XX, siendo ahora un elemento de primera necesidad para toda ciencia y cultura jurídica, pues resulta bastante útil para realizar investigaciones relacionadas con el derecho, además de que nos lleva a conocer y por supuesto, perfeccionar, el derecho que se aplica en nuestro país.

Esto nos lleva a mirar hacia otros países para analizar y conocer como es el derecho que estos aplican y en el caso que nos ocupa, poder comparar con nuestro país cómo es que ellos consideran la prisión preventiva y por supuesto, la forma en que sus legislaciones evitan que, con ella, aunque sea la mayoría de las veces, letra muerta, la violación de los derechos humanos, específicamente el de la libertad y en segundo término y no menos importante, el derecho de presunción de inocencia.

Empero, por lo que aquí interesa, únicamente se estudiarán algunos países pertenecientes a la familia jurídica romano-germánico y al common law, para comparar cómo prevén la prisión preventiva y de qué manera han legislado al respecto, la protección de los derechos humanos de libertad y de la mano de este, el de presunción de inocencia.

### **3.6.1. Alemania.**

El capítulo IX de la ley fundamental de la República Federal de Alemania regula las funciones del poder judicial, en su artículo 104, de las garantías jurídicas, establece que en caso de privación de la libertad de una persona se debe dar en los siguientes términos:

1. La libertad de la persona podrá ser restringida únicamente en virtud de una ley formal y solo respetando las formas prescritas en la misma. Las personas detenidas no podrán ser maltratadas ni psíquica ni físicamente.

2. Solo el juez decidirá sobre la admisibilidad y duración de una privación de libertad. En todo caso de privación de libertad no basada en una orden judicial debe procurarse de inmediato la decisión judicial. La policía, en el ejercicio de su autoridad, no podrá mantener a nadie bajo su custodia más allá del fin del día siguiente al de la detención. La regulación se hará por ley.
3. Toda persona detenida provisionalmente bajo la sospecha de haber cometido un acto delictivo debe ser llevada ante el juez lo más tarde el día siguiente al de su detención; el juez debe informarle acerca de las causas de detención, interrogarla y darle la oportunidad para formular objeciones. El juez debe dictar de inmediato o bien una orden escrita de prisión indicando las causas de la misma, u ordenar la puesta en libertad.
4. De toda resolución judicial que ordene o prolongue una privación de libertad debe de informarse sin demora alguna a un familiar del detenido o a una persona de su confianza.

Además de que dicha Ley Alemana reglamenta la prisión preventiva, en el artículo 112 del Código Procesal Penal Alemán se establece su procedimiento, el cual señala los requisitos o condiciones para la aplicación de la prisión preventiva en ese país:

1. La detención preventiva contra el inculpado se puede ordenar si es sospechoso del acto de forma fundada, y si existe un motivo de detención. No puede ser ordenada si no guarda relación con el significado del asunto y del a punición o medidas de seguridad y detención que caben esperar.
2. Existe un motivo de detención si, en virtud de determinados hechos:
3. Se conste que el inculpado es fugitivo o se oculta.
4. En la apreciación de las circunstancias del caso particular existe el peligro de que el inculpado no comparezca en el procedimiento, o
5. El comportamiento del inculpado fundamenta la sospecha de que:
  - a) Invalidará, modificará, ocultará, reprimirá o falsificará pruebas,

- b) Actuará de mala fe sobre coinceplados, testigos o peritos.
- c) Inducirá a otros a tal comportamiento y, por lo tanto, exista peligro de entorpecimiento del sumario.<sup>123</sup>

### **3.6.2. Costa Rica.**

El Código Procesal Penal de Costa Rica prevé como medidas cautelares personales aquellas que tienen por objeto la restricción a la libertad de las personas en los artículos 244, 261, 246, 250 y 262:

- a) Separación e incomunicación de inculpados para la individualización de los responsables.
- b) Internación en un establecimiento asistencial.
- c) Prisión Preventiva**
- d) Arresto domiciliario
- e) Obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada que deberá informar al tribunal.
- f) Presentación periódica ante el tribunal u otra autoridad
- g) Prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- h) Prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no afecte el derecho de defensa. Etc.

A diferencia de otras legislaciones, el Código procesal penal de Costa Rica no establece expresamente qué finalidades persiguen su imposición de medidas cautelares; sin embargo, se concluye que es con la finalidad de asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, la no obstaculización de la investigación de la investigación, prevenir la comisión de nuevos delitos y eliminar el peligro de fuga, la obstaculización en el proceso y la reincidencia.

---

<sup>123</sup> JUÁREZ VEGA, Carmen, CORREA CHÁVEZ, José Jesús, ESPINOZA GONZÁLEZ, Juan Ricardo. óp. cit. p. 69.

Respecto a la Prisión Preventiva específicamente, menciona Ricardo Paredes Calderón en su libro “Las medidas cautelares en el Sistema de Justicia Penal Acusatorio, Un análisis teórico-práctico, se ha reconocido que tiene como fin garantizar la presencia del imputado en el juicio oral (artículo 406)<sup>124</sup>.

En ese sentido seguimos viendo que es una constante de muchos Estados del continente, la imposición de dicha medida restrictiva de libertad, en el caso de la prisión preventiva, con la única finalidad de que se garantice la comparecencia del imputado al procedimiento, sin que existan causas de justificación reales para privar del derecho humano a la presunción de inocencia a la persona acusada.

Pues, en el caso de Costa Rica al igual que en México no hay un análisis profundo sobre los elementos de convicción o datos que se le presentan al juez, a diferencia de los países europeos donde es un estudio detallado en un breve tiempo, y que se da la armonía legislativa entre sus constituciones con relación a sus leyes secundarias.

En cuanto al principio de excepcionalidad en Costa Rica, está implícito en el artículo 244, al establecer que cuando las presunciones que podrían motivar la prisión preventiva pudieran ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa, el tribunal podrá imponer una diversa<sup>125</sup>.

### **3.6.3. Francia.**

Del mismo modo, la Constitución de la Quinta República hace referencia a la privación de la libertad personal en su artículo 66, que indica lo siguiente:

*“Artículo 66: Nadie podrá ser detenido arbitrariamente. La autoridad judicial, garante de la libertad individual, asegurará el respeto de este principio en las formas previstas por esta ley.”*

---

<sup>124</sup> PAREDES CALDERÓN, Ricardo. *Las medidas cautelares en el Sistema de Justicia Penal Acusatorio*. México: Editorial Colofón, 2018, pp. 264. ISBN: 978-607-8622-10-8

<sup>125</sup> Ibid. p. 266

Jamás se establece un catálogo de delitos por los que se puede imponer la prisión preventiva, por lo que se insiste en que dicha medida cautelar, por ser la excepción y no la regla, debe estar debidamente justificada y motivada por el órgano jurisdiccional coarte la libertad ambulatoria de un imputado.<sup>126</sup>

#### **3.6.4. Colombia.**

El código de Procedimientos Penales de Colombia prevé medidas de aseguramiento (artículo 307), las cuales no atienden a una clasificación definida, pues si bien distinguen entre medidas privativas de la libertad y las no privativas, en realidad estas últimas llevan consigo una restricción a la libertad. Jurisprudencialmente se ha señalado que esta disposición clasifica a las medidas de aseguramiento como las privativas de libertad y las que afectan otros derechos y libertades.

En el caso en particular, solo se hace referencia de las privativas de libertad, mismas que son las siguientes:

- Detención preventiva en un establecimiento de reclusión.
- Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado.

Así los fines que persiguen las medidas de aseguramiento son evitar la obstaculización a la justicia, preservación de la prueba, asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y víctimas o el cumplimiento de la pena (artículos 2, 296 y 308).

Los principios que rigen las medidas de aseguramiento en Colombia son los de presunción de inocencia (artículo 7), excepcionalidad (artículo 295), necesidad, adecuación, proporcionalidad, razonabilidad y legalidad (artículo 319)<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> JUÁREZ VEGA, Carmen, CORREA CHÁVEZ, José Jesús, ESPINOZA GONZÁLEZ, Juan Ricardo. óp.cit. p.72.

<sup>127</sup> PAREDES CALDERÓN, Ricardo. óp. cit. p. 269.

En Colombia en cuanto a la presunción de inocencia toda persona se presume inocente y debe de ser tratada como tal, en tanto no se emita sentencia definitiva sobre su responsabilidad penal; y establece que el órgano acusador es al que le corresponde la carga de la prueba y toda duda será a favor de la persona procesada.

Con relación al principio de excepcionalidad, este principio es una restricción al legislador para que la afectación a la libertad personal se prevea sólo de forma extraordinaria, por lo que se debe utilizar una regulación que siempre tienda a su aplicación restrictiva<sup>128</sup>.

De la aplicación de la norma en Colombia, se advierte que los impartidores de justicia van más allá que lo contemplado en su legislación, en el sentido de tratar de proteger realmente el interés y derechos de las personas que están sometidas a investigación; en ese sentido, esto no quiere decir que por ello se trasgredan o se afecten los derechos de la víctima, ya que también se tratan de privilegiar, pero desde un punto de vista de igualdad entre las partes, hasta en tanto se resuelva el fondo del asunto.

### **3.6.5. España.**

En España, dado la colonización que se realizó en la región denominada como la Nueva España, se encuentran ciertas similitudes en la regulación de las conductas de sus sociedades. En la constitución del país vasco, en su artículo 17, apartados 1, 2 y 4 denominado “Derecho a la libertad personal”, se indica lo siguiente:

Artículo 17:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, si no con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley.

---

<sup>128</sup> Ídem.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos, y en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

Además de lo anterior, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, en sus artículos 503 y 504, se indican las condiciones que se deben que se deben cumplir para que a una persona se le aplique la medida cautelar de prisión provisional, dichas condiciones son las siguientes:

1. Que se produzca un hecho que revista las características del delito.
2. Que se cuente con motivos bastantes para poder incriminar a la persona contra la que se dicte el auto de prisión.
3. Que mediante la prisión se persiga el aseguramiento del investigado en el proceso, evitar la destrucción o alteración de las fuentes de prueba en donde existe peligro fundado y concreto, o bien para evitar que el encausado pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima.

La finalidad, objetivos y requisitos que debe contener la prisión provisional, y en donde se advierte claramente que no es suficiente ni la gravedad ni el delito imputado, ni la alarma social.

Deben existir motivos suficientes y bastantes para determinar la gravedad de lesión del bien jurídico o su puesta en peligro, así como la finalidad que se persigue con dicha privación y que no se vulneren derechos fundamentales de los imputados y debido proceso<sup>129</sup>.

### **3.6.6. Suiza.**

---

<sup>129</sup> JUÁREZ VEGA, Carmen, CORREA CHÁVEZ, José Jesús, ESPINOZA GONZÁLEZ, Juan Ricardo. óp.cit. p. 73

La prisión preventiva en el país Suizo se establece en el artículo 31 del Título segundo, capítulo 1 de la Constitución Federal de la Confederación Suiza, que habla sobre los derechos fundamentales:

#### Artículo 31. Privación de la Libertad

1. Nadie puede ser privado de su libertad si no es en los casos previstos por la ley y en las formas que está prescriba.
2. Toda persona que se vea privada de su libertad debe ser informad, de forma inmediata y en un idioma que ella comprenda, de las razones de esta privación y sus derechos. Tiene que obtener la posibilidad de poder hacer valer dichos derechos. Especialmente tiene el derecho de informar a sus allegados.
3. Toda persona puesta en detención preventiva tiene el derecho a ser llevada de inmediato ante un juez que se pronunciará sobre si debe seguir detenido o puesto en libertad. Toda persona en prisión preventiva tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable.
4. Toda persona que se vea privada de su libertad sin que un tribunal así lo haya ordenado, tiene en todo momento a invocar a un juez. Este debe decidir en el plazo más breve posible sobre la legalidad de dicha privación de libertad.

### **3.6.7. Ecuador.**

En la Constitución del Ecuador en el artículo 77, fracciones primera y novena, se señala que la privación de la libertad no será la regla general para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá en la orden escrita de jueza o juez competente, en los casos por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley.

Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.

Claramente señalan que la prisión preventiva es la excepción y no la regla, por lo que se deja como última ratio, única y exclusivamente para cumplir con los fines del proceso penal, que serán justificados de manera objetiva procediendo por orden escrita de juez que así lo decrete, cumpliendo siempre con las formalidades de la ley<sup>130</sup>.

### **3.6.8. Venezuela.**

En Venezuela también se regula la prisión provisional en el artículo 44 de su máxima norma, la cual señala que la libertad provisional es inviolable, al igual que México, ninguna persona puede ser detenida, de manera arbitraria y que solo podrá suceder por mandato de la autoridad jurisdiccional.

Este artículo también prevé la flagrancia al señalar como caso de excepción que la persona sea sorprendida *“in fraganti”*, estableciendo que deberá ser llevada

---

<sup>130</sup>. JUÁREZ VEGA, Carmen, CORREA CHÁVEZ, José Jesús, ESPINOZA GONZÁLEZ, Juan Ricardo. op. cit. p. 75.

ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas, contadas a partir del momento de la detención, al igual que el Estado mexicano.

Así también, prevé que las personas serán juzgadas en libertad, a excepción de las razones determinadas por la ley y apreciadas por la jueza o el juez en cada caso.

La constitución de caución exigida por la ley para conceder la libertad de la persona detenida no causará impuesto alguno<sup>131</sup>.

### **3.6.9. República Dominicana.**

En el caso de República Dominicana en el artículo 40 de la su Constitución Nacional, fracciones 5, 8 y 9, reglamenta la prisión preventiva al establecer que toda persona privada de su libertad será sometida a la autoridad competente dentro de las cuarenta y ocho horas desde su detención o bien puesta en libertad.

Así también prevé que nadie podrá ser sometido a medidas de coerción sino por su propio hecho, y en su caso, cuando estas serán restrictivas de la libertad personal, tendrán el carácter de excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar.

### **3.6.10. Estados Unidos de Norteamérica.**

En su enmienda V establece que nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital u otro delito infame, si un Gran Jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las Fuerzas Terrestres, o Navales o en la Reserva Militar nacional cuando se encuentre en servicio activo en tiempo de Guerra o peligro público.

De igual forma prevé que ninguna persona ser puesta dos veces en peligro grave por el mismo delito a; ni será forzada a declarar en su propia contra en ningún

---

<sup>131</sup>. Ibid. p. 81.

juicio criminal; ni se le privará de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización<sup>132</sup>.

### **3.7. El sistema mixto.**

El sistema mixto tuvo su origen en Francia. La Asamblea Constituyente dividió el proceso en dos fases: una secreta que comprendía la instrucción y otra pública que comprendía la fase oral. Debido a los inconvenientes y ventajas de los procesos acusatorios e inquisitorios, y a modo de una combinación entre ambos nació la forma mixta<sup>133</sup>.

El sistema mixto cobró realidad con el Código de Instrucción Criminal de 1808 de Francia, de allí se difundió a todas las legislaciones modernas más o menos modificadas, pero mantuvo siempre el principio básico de la combinación de las dos formas tradicionales.

El sistema acusatorio es superior al sistema mixto desde el punto de vista de las garantías y de la racionalización del sistema. Permite mediante la instrucción del juez de garantías controlar la investigación realizada por el ministerio público, y asegurar además la imparcialidad del Tribunal en lo que concierne a la adopción de medidas cautelares, como la prisión preventiva entre otras que afectan los derechos del imputado.

En cambio, en el sistema mixto, el juez instructor que realiza la investigación no puede controlar la legalidad de la misma y carece de imparcialidad para pronunciarse sobre la procedencia de las medidas cautelares que pueden adoptarse respecto del imputado.

---

<sup>132</sup>. JUÁREZ VEGA, Carmen, CORREA CHÁVEZ, José Jesús, ESPINOZA GONZÁLEZ, Juan Ricardo. op. cit. p. 84

<sup>133</sup> BARDALES LAZCANO, Erika. óp. cit. p. 10.

Particularmente se considera que no existen sistemas puros; en la actualidad todo proceso moderno es mixto y será preponderantemente acusatorio o inquisitivo según la importancia que en él se dé a la oralidad o a la escritura como característica principal; por ejemplo, un proceso oral la escritura tiene una doble misión a saber:

1. Preparar el escrito que servirá de trámite para el proceso, el cual quedará como constancia del mismo. Es el anuncio de declaraciones que se harán en la audiencia.

2. La documentación de lo sobresaliente en la audiencia, a fin de contar con un documento de las actividades procesales en las instancias posteriores<sup>134</sup>.

### **3.8. La prisión preventiva oficiosa del año 2008 al 2019 en México.**

En 2008, el Estado Mexicano presenció la reforma más importante en materia penal.

Con ella se transforma toda la estructura y funcionamiento del procedimiento, actuaciones, la forma de trabajar de la fiscalía y/o ministerio público, peritos, agentes de la policía ministerial, corporaciones policiacas, así como la de los Jueces, para volverse un eje central y motor de la maquinaria de lo que se pretende conseguir con esta reforma penal.

Pero, para que todos los objetivos del procedimiento penal previstos en la reforma de 2008 se cumplan, es imperativo que los ministerios públicos cuenten con *todos* los elementos para realizar investigaciones a fondo, sin importar la magnitud de los delitos, esto es, que todo delito que se denuncie se debe de investigar minuciosamente y perseguir al culpable hasta llevarlo ante el órgano jurisdiccional competente.

Aunado a esos elementos necesarios para efectuar una debida investigación, también implica que los policías, peritos, policías ministeriales y todas las personas

---

<sup>134</sup> Ídem.

que laboran en este ámbito, deben contar con las herramientas necesarias para desahogar su trabajo de manera, digna, honrada, profesional y con espacios dignos para trabajar, dado que si no cuentan con el material mínimo para realizar su trabajo, como incluso lo es papelería, se entiende que todo lo demás falta y consecuencia el procedimiento falla, pese a las buenas intenciones que se plasman en la ley.

Ahora, con la reforma al artículo 19 Constitucional tenemos que en el “dictamen de las Comisiones Unidas de puntos Constitucionales y de estudios legislativos segunda, con proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Prisión Preventiva Oficiosa”, se acuerda y se aprueba que el artículo 19 Constitucional, en su segundo párrafo se le adicionen diversos delitos por los que el imputado puede sufrir Prisión Preventiva Oficiosa, ordenada por un juez tratándose de:

- a. Abuso o violencia sexual contra menores.
- b. Delincuencia organizada.
- c. Homicidio doloso.
- d. Violación.
- e. Secuestro.
- f. Trata de personas.
- g. Uso de programas sociales con fines electorales.
- h. Robo de transporte en cualquiera de sus modalidades.
- i. Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos
- j. Delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.
- k. Delitos graves en contra de la seguridad de la nación.
- l. Del libre desarrollo de la personalidad y de la salud
- m. Delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos y hechos de corrupción.

Respecto de los delitos previstos en el inciso *n*. procederá sólo en las hipótesis delictivas cuya media aritmética exceda de cinco años de prisión, incluidas sus calificativas, atenuantes o agravantes.

De igual manera, se advierten elementos que deben considerarse y tener muy claros, y si bien para algunos no son relevantes, en el caso se considera que, para entender el alcance de dicha reforma, se deben tener bien definidos y acotados. De manera que se tiene que comprender de manera precisa qué es el delito, las medidas cautelares y la Prisión Preventiva Oficiosa, y así identificar todos los elementos que constituyen y le dan vida al párrafo segundo del artículo 19 constitucional.

Comencemos entonces con entender qué es el delito. Así tenemos que la Real Academia Española define al delito de la siguiente manera:

La Real Academia Española define al Delito de la siguiente manera:

1. *Culpa, quebrantamiento de la ley*
2. *Acción o cosa reprobable. Comer tanto es un delito. Es un delito gastar tanto en un traje.*
3. *Acción u omisión voluntaria o imprudente penada por la ley*<sup>135</sup>.

Doctrinalmente, Rubén Quintino Zepeda lo define, en su libro de Dogmática Penal Aplicada al sistema Acusatorio y Oral como: “... *una conducta típica, antijurídica y culpable*”.<sup>136</sup>

De igual forma, el autor en comento, en su obra Teoría del Delito en el Código Nacional de Procedimientos Penales, lo define como “... *un injusto penal culpable*”<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> Real Academia Española. [en línea] [consulta 21 octubre 2021]. Disponible en: <https://dle.rae.es/delito?m=form>

<sup>136</sup> QUINTINO ZEPEDA, Rubén. óp.cit. p. 17.

Miguel Ángel Aguilar López afirma en el libro *El Delito y la Responsabilidad Penal, Teoría, Jurisprudencia y Práctica*, que el delito “*es una valoración jurídica, una infracción de la ley*”.<sup>138</sup>

Ahora bien, el Código Penal Federal, en el artículo 7, define al Delito como “*el acto u omisión que sancionan las leyes penales*”<sup>139</sup>; y el Código Penal para el Estado de Puebla, en el numeral 11, lo prevé como *el acto o la omisión que sancionan las leyes penales*.

De las definiciones previstas, se tiene entonces que el delito es el hecho de realizar una acción, o bien, ser omiso o dejar de hacer algo, siempre en perjuicio de otro, acciones u omisiones que pueden ser con la intención de provocar ese daño (dolosa), o que, a pesar de no tener la intención, se comete o se deja de cometer dicho acto (culposa).

Definición de delito, argumento y entrada de las medidas cautelares.

En relación con las medidas cautelares, también conocidas como medidas de seguridad, se tiene que la Real Academia Española las define como se indica a continuación:

***Medidas cautelares:***

*1. f. pl. Der. medidas que se adoptan para preservar el bien litigioso o para prevenir en favor del actor la eficacia final de la sentencia. Se utilizan también en el procedimiento administrativo.*

***Medidas de seguridad***

*1. f. pl. Der. medidas complementarias o sustitutivas de las penas, que, con fines preventivos, puede imponer el juez a personas inimputables que hayan*

---

<sup>137</sup> Idem.

<sup>138</sup> AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. *El Delito y la Responsabilidad Penal, Teoría, Jurisprudencia y Práctica*. México: Editorial Porrúa. Cuarta reimpresión, 2017. p. 22. ISBN: 978-607-8447-97-8.

*exteriorizado su peligrosidad criminal o de los que puede temerse que vuelvan a delinquir.*

Manuel Valadez Díaz, ostenta que las medidas cautelares son instrumentos de naturaleza procesal, impuestas bajo criterios objetivos y demostrables por parte de un Órgano Jurisdiccional

Ello de manera provisional, con base estrictamente legal y como resultado del ejercicio contradictorio realizado entre las partes, que en un plano de igualdad y con pleno respeto a su derecho de prueba, habrán argumentado la proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la imposición de una o varias medidas cautelares a imponer a personas físicas o jurídicas, todo en función de garantizar la presencia del imputado al proceso, en el éxito de la investigación, así como la seguridad de la víctima u ofendido de los testigos.<sup>140</sup>

Algo similar estima Javier Vecina Cifuentes, al establecer que las medidas cautelares no se ocupan de juzgar ni hacer ejecutar lo juzgado, sino de servir a un fin distinto, pero instrumental a ambos, como es el de asegurar preventivamente que tanto la decisión definitiva del conflicto que implica el juzgar cómo las actuaciones materiales en que la ejecución consiste podrán tener en la práctica la misma eficacia que hubieran tenido de haber sido la primera dictada y las otras realizadas de manera inmediata.<sup>141</sup>

En un sentido negativo, José Daniel Hidalgo Murillo, menciona que, desde el enfoque de los derechos procesales, las medidas cautelares no pueden ser -nunca-, una restricción al debido proceso porque el debido proceso es, por el contrario, restricción a las facultades de las autoridades legitimadas en el mismo proceso, a

---

<sup>140</sup> VALADEZ DÍAZ, Manuel. *Medidas Cautelares. Colección Temas Selectos del Sistema Acusatorio*. México: Editorial Flores. 2019. p.1. ISBN:978-607-610-544-3.

<sup>141</sup> Ídem.

través de formalidades técnico-procesales, del acto de autoridad o, de la autoridad misma.<sup>142</sup>

De tal forma, que más adelante señala que las medidas cautelares o medidas de coerción son *“toda restricción a los derechos que, de acuerdo con la Constitución, los tratados internacionales y la ley, se imponga a cualquier persona por ser necesaria para preservar la seguridad de la víctima o testigos, o el éxito de la investigación y los fines del proceso.”*<sup>143</sup>

El Doctor Sergio García Ramírez comenta que las medidas procesales cautelares se sustentan en un examen de probabilidades en torno a la “situación presente y a la necesidad futura: aquella tiene que ver con el conocimiento que ya se tiene sobre el tema de la contienda, y ésta se relaciona con la posibilidad de que el proceso se desarrolle normalmente y de que sea ejecutable, en su oportunidad, la sentencia que se dicte. Obviamente la posibilidad que en este último caso se contempla es la sentencia de condena”.<sup>144</sup>

Por consiguiente, las medidas cautelares son instrumentos de carácter meramente provisional y con fines preventivos impuestas por un Juez o un Órgano Jurisdiccional, a personas que hayan exteriorizado su peligrosidad criminal o de aquellos que se considere que puedan volver a delinquir o sustraerse de la justicia, que garantizan la presencia del imputado en el proceso.

Ahora bien, en cuanto a las reglas generales y procedencia de las medidas cautelares, los artículos 153 y 154 del CNPP. El primero establece que las medidas cautelares serán impuestas por resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, así como garantizar la seguridad de la víctima, ofendido o testigo, o bien, evitar que se obstaculice el procedimiento.

---

<sup>142</sup> HIDALGO MURILLO, José Daniel. óp.cit. p.81.

<sup>143</sup> VALADEZ DÍAZ, Manuel. óp.cit. p. 89.

<sup>144</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Panorama del Proceso Penal*. México: Editorial Porrúa, 2004 p. 153. ISBN: 978-970-0747-19-4

Por cuanto hace a lo previsto en el diverso 154 del CNPP, tenemos los elementos que se deben cumplir para su procedencia, siendo los siguientes:

a. Cuando formulada la imputación, el propio imputado se acoja al término constitucional, ya sea éste de una duración de setenta y dos horas o de ciento cuarenta y cuatro, según sea el caso, o

b. Se haya vinculado a proceso al imputado.

De igual forma, se prevé que en caso de que el Ministerio Público, la víctima, el asesor jurídico u ofendido, solicite una medida cautelar durante el plazo constitucional, dicha cuestión deberá resolverse de manera inmediata después de formulada la imputación.

Es necesario tener en cuenta cuáles son las medidas cautelares previstas en el Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual en su artículo 155 distingue las siguientes:

1. La presentación ante el juez cada cierto tiempo o ante otra autoridad que este designe;
2. El pago de una garantía económica.
3. Un embargo.
4. El congelamiento de cuentas bancarias y otros valores que formen parte del sistema financiero (acciones/bonos).
5. Que se prohíba al acusado abandonar cierta área geográfica.
6. La orden de someterse al cuidado de una persona o institución determinada.
7. La prohibición de ir a ciertos lugares.
8. La prohibición de tener contacto con ciertas personas incluyendo a víctimas, ofendidos y testigos.
9. Ser retirado de su domicilio.
10. Suspensión de su empleo si fuere un servidor público.
11. Suspensión de su profesión u oficio.
12. La colocación de localizadores electrónicos.
13. El tener que permanecer en su domicilio.
14. La prisión preventiva

Como se advierte, dicho cuerpo normativo prevé como medida cautelar la prisión preventiva, así mismo, de los diversos 153 y 154 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se analiza si la Prisión Preventiva Oficiosa debe de aplicarse en todos los casos que marca el artículo 19 Constitucional, si realmente no afecta o contraviene otros derechos y principios constitucionales y si provoca afectación de Derechos Humanos u otras disposiciones Internacionales.

Pero ¿qué es la prisión preventiva?

De igual forma, el Doctor Sergio García Ramírez, en su libro *Panorama del Proceso Penal*, dice que la prisión preventiva, no debe de tomarse como una sentencia anticipada en el proceso penal.

Bajo dicha premisa, se infiere que, al tener a una persona privada de su libertad, pasando por encima la presunción de inocencia y el hecho de que no se han desahogado pruebas, al final esto es casi un hecho de que va encaminado a una sentencia condenatoria.

Esto implica que pretenden relacionar el hecho inicial sin elementos suficientes, a que se desarrolle el proceso todo el tiempo asumiendo la culpabilidad y/o responsabilidad del imputado en la comisión del delito que se le atribuye.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de España establece que la Prisión Preventiva se configura como la medida dirigida a asegurar que los imputados no se sustraerán a la actuación de la justicia y comparecerán en su momento para dilucidar sus responsabilidades penales en que haya incurrido sin que, en ningún caso, sea constitucionalmente legítimo perseguirse con esta medida cautelar fines punitivos o de anticipación de la pena.

En consecuencia, el derecho a la medida cautelar forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial efectiva, porque ese derecho ha de poder asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia a dictar y, si es incapaz de ello, no se trata de una verdadera tutela.<sup>145</sup>

Luego entonces, la Prisión Preventiva es una medida cautelar que tiene como función asegurar el normal desarrollo del proceso y, eventualmente, al concluir éste, la aplicación de una pena privativa de libertad, es decir, su finalidad estriba en que el

---

<sup>145</sup> SANGUINÉ, Odone. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch. 2003. p. 88. ISBN: 978-848-4428-32-9.

proceso fluya normalmente y si al concluir éste se acredita una responsabilidad penal por parte de la autoridad judicial, que se aplique la pena con toda certeza.

Ahora bien, mucho se ha hablado en relación de que sí México al aplicar la Prisión Preventiva Oficiosa viola otro u otros derechos humanos y tratados internacionales con relación a la presunción de inocencia.

En ese tenor, es importante tener claro qué establecen los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana y la Convención Americana, en atención a la Prisión Preventiva y por su puesto al principio de presunción de inocencia.

Así la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 11 establece:

1. *Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.*

2. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.*<sup>146</sup>

Por su parte el artículo 7 de la Convención Americana sobre derechos humanos prevé:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Parte o por las leyes dictadas conforme a ellas.

---

<sup>146</sup> Naciones Unidas. *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. [en línea] [consulta: 1 diciembre 2019]. Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

**5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.**

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Parte cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

[Énfasis añadido]

De igual forma en el artículo 8, contempla cuales son las Garantías Judiciales de toda persona, específicamente en el apartado 2, y del que se advierte<sup>147</sup>:

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

---

<sup>147</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. [en línea]. [consulta: 1 diciembre 2019] Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

a) *derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*

b) *comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;*

c) *concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*

d) *derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*

e) *derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*

f) *derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*

g) *derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y*

h) *derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*

Aunado a lo anterior, en el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, en el artículo 14 contempla que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia, así mismo prevé la garantía de audiencia, así como que los tribunal competente, debe ser independiente imparcial, establecido por la ley, pero no solo eso, sino que en el apartado 2 de dicho artículo, se establece 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.*<sup>148</sup>

---

<sup>148</sup> *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* [en línea] [consulta: 01 diciembre 2019] Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Finalmente, la Declaración Americana, en el artículo XXVI, se prevé el Derecho al proceso regular de las personas de la siguiente manera:

*Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.*

*Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas*

De los tratados internacionales se infiere que todos se dirigen a la protección, el derecho a la libertad, relacionado con el de presunción de inocencia, es por esto que se comprende lo que diferentes autores de distintas épocas, como o Voltaire, Luigi Ferrajoli y otros, sostienen al manifestar que realmente el riesgo de fuga es la única preocupación que establecen dichas instituciones internacionales para considerar que la opción de sustraerse de la acción de la justicia pueda llevar a privar de la libertad a una persona sujeta a un proceso.

De modo que, antes de considerar imponer la Prisión Preventiva como medida cautelar es preponderante considerar todas las opciones que la propia norma contiene, con la finalidad de salvaguardar el derecho a la libertad de las personas, a través de un estudio crítico, un verdadero análisis concienzudo de las condiciones y de la gravedad del delito, sin aplicar la Prisión Preventiva de manera arbitraria e irracional vulnerando el derecho de presunción de inocencia, de la mano de la lógica jurídica y de la teleología jurídica.

### **3.9. De la lógica jurídica.**

La lógica, está concebida como una ciencia o un arte. Juan José Sanguinetti manifiesta que “la lógica es arte y ciencia a la vez; como arte tiene un fin práctico: instrumento para conocer rectamente, y como ciencia tiene un fin especulativo:

describir la manera de pensar del hombre, cuyo objeto son las propiedades o las relaciones lógicas, que las reputa como entes de razón”.<sup>149</sup>

Se puede observar que, donde el arte de la construcción de la norma jurídica como enunciado, como la ciencia implícita en las resoluciones jurídicas, son vinculantes como relación lógica en al practica del del derecho.

Por lo que, donde la norma, como la interpretación de la misma, y las resoluciones judiciales vinculantes a la prisión preventiva, son en su contenido lógica y en su aplicación lógica jurídica.

Benlloch Ibarra y Tejedor Campomanes manifiestan que “la lógica como ciencia estudia las formas generales del pensamiento (concepto, juicio y racionio), y como arte estudia las normas para pensar rectamente”.<sup>150</sup>

Es imposible concebir la procuración y ejecución de justicia en México en materia penal sin la preexistencia del tipo penal como norma fundante, y del procedimiento penal como única forma coercitiva e imperante onde faculta a la autoridad jurisdiccional para que, utilizando la interpretación normativa y jurisdiccional realice un ejercicio racional y valorativo para emitir enunciados declarativos, mejor conocido como normas jurídicas individuales y concretas.

Por otro lado, Mario Moro sostiene que la lógica es parte de la filosofía (ciencia) que estudia las normas para razonar rectamente y evitar el error; y, finalmente Sergio Custorio afirma que la lógica “es una ciencia que estudia las formas del pensar, razonar o argumentar”.<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup> MURO RUIZ D. Lógica General. En *Crai Landívar, red de Bibliotecas Universidad Rafael Landívar*. [en línea] [consulta 16 enero 2023]. Disponible en: <http://biblio3.url.edu.gt/Publi/Libros/Logica-Juridica/02.pdf>

<sup>150</sup> Idem.

<sup>151</sup> MURO RUIZ D. Op. Cit.

Aristóteles define a la lógica como una ciencia, rama de la filosofía que se dedica a estudiar aquello que permite que la razón, la palabra y la ciencia sean posibles.<sup>152</sup>

Aristóteles como único exponente de los segundos analíticos, al exponer el procedimiento para crear ciencia y enunciar ciencia, fortalece el procedimiento exclusivo de la resolución de prisión preventiva, tomando en cuenta la observación, el análisis, la procedencia o improcedencia, la formulación de la hipótesis en caso de que se constituyan los elementos del tipo y mínimamente comprobados los requerimientos de los datos del hecho típico, garantiza la utilización de la lógica científica y jurídica como procedimiento para dictar la prisión preventiva valorativa y normativa.

De tal suerte tenemos que la lógica es la ciencia del pensamiento, es el estudio de las leyes que rigen la estructuración del pensamiento, tomando en consideración que, los principios de cada ciencia son las leyes que dictan el cómo se debe pensar correctamente.

Ahora bien, atendiendo a que *Jurídico* es todo aquello que tiene que ver con el derecho, se obtiene que la lógica jurídica es *la ciencia, rama de la filosofía que se dedica a estudiar aquello que permite que la razón, la palabra y la ciencia sean aplicables al estudio, elaboración, interpretación y aplicación del derecho.*<sup>153</sup>

La importancia de la lógica jurídica permite conocer aquellas leyes, reglas y procedimientos del pensamiento, lo que permite desarrollar conscientemente el proceso del pensar y alcanzar un mayor grado de perfección en la esfera del pensamiento.<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> Erick Roquel. Lógica Jurídica. <https://www.youtube.com/watch?v=QSlmGosRBI> [consulta 17 enero 2023]

<sup>153</sup> Idem.

<sup>154</sup> GARCÍA MURILLO, José Guillermo y García Ramírez, Víctor. Lógica Jurídica. *De Jure*. No. 6. Tercera época [en línea] [consulta 16 de enero de 2023]. Disponible en: <https://citlalilarablog.files.wordpress.com/2016/08/lectura-1.pdf>

Ahora bien, la lógica jurídica es “la teoría de las reglas lógicas formales que llegan a emplearse en la aplicación del derecho. En el sentido que así se le entiende, la lógica jurídica es, en consecuencia, dentro de la teoría lógica general, la parte especial que se caracteriza por el hecho de ser empleada en la aplicación del derecho” <sup>155</sup>.

La lógica jurídica se desarrolla a través del razonamiento y la palabra que se transmuta en ciencia. El razonamiento es esa capacidad intelectual del ser humano para poder hilvanar y formular ideas, estos a su vez se transmiten a través de la palabra y se transforma entonces en ciencia y, es a través de la argumentación donde se encuentra la aplicación directa de la lógica jurídica.

Es precisamente un encadenamiento lógico, coherente entre dos o más juicios, tomando como punto de partida la existencia de juicios, que son las acciones por las cuales nuestro cerebro va a relacionar, a unir conceptos con otros conceptos que están en nuestra mente, que compara con otros juicios, teniendo como consecuencia que de una verdad conocida se deduzca otra desconocida.

Existen diversos tipos de razonamiento: el inductivo y el deductivo. El primero va de lo particular a lo general, el segundo de lo general a lo particular.

Para determinar lo anterior se utiliza otra herramienta, llamada silogismos, que es el método mediante el cual se realiza un razonamiento deductivo. Este es el que se utiliza para determinar si un hecho o idea es cierto al compararlo con una idea o conocimiento universal.

El silogismo se debe entender como: Es el razonamiento deductivo que consta de dos premisas (mayor y menor), a partir de las cuales se llega a una conclusión. Es un argumento formado de tres proposiciones, estando la conclusión contenida en

---

<sup>155</sup> Idem.

una de las dos primeras y, mostrando a la otra que la misma conclusión allí está contenida.<sup>156</sup>

En cuanto al contexto jurídico, el silogismo es una herramienta que apoya a la interpretación de la norma, que permite adecuar la norma con respecto a los hechos para garantizar la solidez de la argumentación del jurista, así como su posición en el procedimiento judicial.<sup>157</sup>

Está compuesto por tres partes, la premisa menor, la premisa mayor y la conclusión, entonces, tenemos que la premisa menor es la ley, la mayor es el caso y la conclusión es la resolución (decretos, autos y sentencias).<sup>158</sup>

La lógica jurídica entonces en el derecho nos ayuda al proporcionar las herramientas para tener una argumentación coherente y que tienen que estar presentes en nuestro razonamiento jurídico cotidiano, tanto para hacer silogismos en el terreno deductivo por ejemplo, o incluso para intuir u obtener la mejor respuesta jurídica posible.

La lógica jurídica tiene cuatro reglas con relación a la prisión preventiva<sup>159</sup>:

1. Regla de contradicción. Aristóteles considera a este principio como el *principio de los principios*, pues excede a todos los demás en certeza y evidencia, pues explica la razón del ser.  
Este principio manifiesta que dos juicios contradictorios no pueden ser ambos verdaderos. Dos normas de derecho contradictorias no pueden ser válidas, por tanto, una de ellas es falsa.
2. Regla de identidad. Este se enuncia *todo objeto es idéntico en sí mismo*, toda proposición equivale a sí misma.

---

<sup>156</sup> *Significados*, [en línea] [consulta: 21 de enero 2023]. Disponible en: <https://www.significados.com/silogismo/>

<sup>157</sup> Idem.

<sup>158</sup> Erick Roquel. op.cit.

<sup>159</sup> Universidad Señor de Sipán. Educación a distancia. Principios de Lógica Jurídica. ANACLETO SILVA Diana Berlyne. [consulta 17 de enero 2023] <https://www.youtube.com/watch?v=3-AXlu9RpDk>

En otras palabras, prevé que lo que no está jurídicamente prohibido o prohíbe lo que no está jurídicamente permitido es necesariamente válido.

De aquí se infiere que existen dos tipos de juicios jurídicos: los permisivos y los prohibitivos.

3. Regla de tercio excluido. Refiere la oposición contradictoria entre juicios jurídicos y establece que dos juicios jurídicos contradictorios no pueden carecer de validez, esto es, sólo una de las normas jurídicas supuestas es necesariamente válida.
4. Regla de razón suficiente. Todo juicio jurídico para ser válido requiere una razón suficiente, es decir, que esa razón sirva de sustento, completamente, a lo enunciado en el juicio.

Es entonces que a través de la lógica jurídica que se entenderá por qué la prisión preventiva es violatoria de derechos, para ello, primero se debe entender cómo es que se forma un conjunto de normas, que no solo se conforma de elementos estáticos, sino también de uno fáctico, que son los actos de creación y aplicación del derecho y el normativo, que son las normas jurídicas creadas y aplicadas por tales actos, creando una cadena normativa<sup>160</sup>:



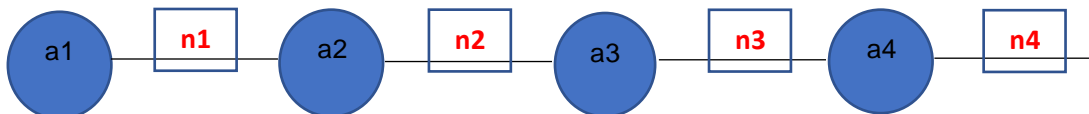
En esta cadena, se advierte que los actos jurídicos *a1* son condición de los actos *a2*, y así sucesivamente hasta *a5*, que es la consecuencia de esta sucesión de actos y *a4* debe ser considerada como la condición inmediata de las consecuencias y *a1* tendrá la particularidad de no estar condicionada, ya que es el origen.

Este orden jurídico debe considerarse como un conjunto de materiales jurídicos o actos jurídicos que producen y aplican tales materiales en virtud de que la función de estos últimos es normar actos o comportamientos humanos, de manera

---

<sup>160</sup> idem.

dogmática<sup>161</sup>; en consecuencia, tanto las normas como los actos jurídicos se encuentran estrechamente relacionados<sup>162</sup>.



De acuerdo con Tamayo y Salmorán, cada una de esas líneas representa una norma que faculta el acto de la norma que le sucede, esto es, *a1* es el origen, la condición para que surjan los actos *a2*, pero *n1* es la norma que autoriza ese acto identificado como *a2*, y así sucesivamente, es decir, *a* es el acto creador y aplicador, y *n* el acto que lo faculta.

Esto es:

1. Un deber de realizar determinadas conductas (la consecuencia jurídica)
2. La condición o supuesto al que se supedita el nacimiento de ese deber.

Por tanto, las normas jurídicas imponen siempre alguna conducta en el supuesto de que se produzcan los hechos previstos como condición<sup>163</sup>

Por tanto, la estructura lógica de una norma jurídica se puede expresar en los siguientes términos:

---

<sup>161</sup> Dogmático, entiéndase como una disciplina encargada de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y las opiniones de la doctrina científica en el ámbito del derecho penal, como se describe en el apartado 2.2.1. Relación entre Teoría del Delito y teoría del caso del presente trabajo.

Es decir, la Dogmática, busca analizar a detalle las normas jurídicas y otros actos normativos aplicativos de las mismas, como son las sentencias, contratos, acuerdos, etc., con la finalidad de elaborar un conjunto de categorías conceptuales que nos lleven a una mejor comprensión, aplicación y por supuesto perfección de ordenamiento jurídico.

<sup>162</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, óp.cit. p. 251

<sup>163</sup> AYALA ESCORZA, María del Carmen y GARCÍA ALONSO, Juan Carlos. *Introducción al estudio del Derecho*. México: Editorial Flores, 2016. p. 140. ISBN:978-607-610-433-0

*Si es A debe ser B.* lo que significa que, si se realiza la hipótesis prevista en el supuesto normativo *A* previsto por la norma, la conducta que se debe observar es *B*, es decir, lo que está dispuesto por *A* (*la norma*).<sup>164</sup>

Ahora, ¿qué pasa si la conducta que se observa no es *B*?, pues se está ante una falta de cumplimiento del deber jurídico, entonces *B*, debe ser *C*, por tanto, la consecuencia es la ejecución forzosa o la siempre aplicación de una sanción al infractor.<sup>165</sup>

En ese tenor, el condicionamiento sucesivo de una cadena normativa no se limita únicamente al hecho de que ciertas normas precedan a otras, sino que deben acompañar a los actos que las aplican para que estos últimos puedan crear normas jurídicas válidas.<sup>166</sup>

Entonces, toda norma está estructurada a manera de un juicio hipotético, siempre en espera a que ese supuesto produzca una consecuencia, sus partes fundamentales son: el supuesto normativo y la consecuencia jurídica (deber y derecho).<sup>167</sup>

Por lo que el supuesto normativo es la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas en la norma; para que ésta sea aplicable, es elemental que una persona se coloque en la situación o hipótesis prevista por aquella.<sup>168</sup>

Sentado lo anterior, si el acto jurídico común a todas las cadenas normativas de un orden jurídico es el acto originario, o constituyente del orden jurídico, la constitución es la norma establecida por dicho acto, por tanto el primer acto jurídico que crea las diferentes cadenas normativas es el constituyente de 1917, esto ya que

---

<sup>164</sup> Idem.

<sup>165</sup> AYALA ESCORZA, María del Carmen y GARCÍA ALONSO, Juan Carlos. op.cit.

<sup>166</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. óp.cit. p. 254

<sup>167</sup> AYALA ESCORZA, María del Carmen y GARCÍA ALONSO, Juan Carlos. op.cit. p. 141

<sup>168</sup> Ibid. p.140.

a la fecha la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 es la que contiene y regula los órdenes jurídicos y es el fundamento de la validez de todas las demás normas del sistema nacional.

Entonces si para que una norma surja es necesario que exista un acto que le de origen y a su vez se requiere de una norma que lo faculte, en el orden jurídico de los derechos humanos pasa exactamente lo mismo.

Ahora, según John Austin<sup>169</sup>, toda norma jurídica es un mandato, y las normas, por tanto, son especies de mandatos. Esto es, si se expresa o manifiesta el deseo de que se haga o se abstenga de algún acto, o bien, si se inflige un daño en caso de que no se satisfaga dicho deseo, entonces la expresión o manifestación de la voluntad es un mandato.

Además, señala que *“a través de todo mandato, la parte a la que es dirigido se encuentra obligada a hacer o a omitir”*<sup>170</sup>, entonces, cuando obliga generalmente actos u omisiones de una clase, este es una norma jurídica, y si lo que hace es obligar a una acción u omisión específica, entonces se está frente a un mandato ocasional o particular.

En tal sentido, tenemos que todo orden jurídico proviene de una cadena normativa, mismas que contienen mandatos que son exigibles para su cumplimiento, ya sean de carácter pasivo o activo, esto es de hacer o no hacer, y a su vez, tenemos que existen autoridades que tienen la facultad de exigir el cumplimiento de dichas normas.

Tomando en consideración que la imposición de deberes conlleva al reconocimiento de derechos correlativos, los primeros constituyen la consecuencia o

---

<sup>169</sup> TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica*. Segunda Edición. México: Editorial Themis, 1998, p.17. ISBN 968-454-621-1

<sup>170</sup> Idem.

efecto básico de toda norma jurídica, su nacimiento está condicionado a que se den determinadas circunstancias o supuestos que la propia norma jurídica especifica.<sup>171</sup>

Dichas autoridades, que aplican o ejecutan estas, tienen la obligación de interpretar lo que establecen, y de conformidad con lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1º, se debe realizar una interpretación basada en la mayor protección a la persona, es decir, con base en el principio *pro-homine*.

Lo anterior pese a que exista una discusión entre lo que quiere decir la norma, lo que dice la norma y la finalidad de la norma; empero, debe de prevalecer la defensa de la finalidad de la norma, que es la interpretación de los Jueces y los abogados.

La interpretación de las normas, como se sabe, es una tarea compleja, ya que es de la que depende el proceso de aplicación del derecho, aunado a que la interpretación ofrece una gama rica de resultados, en relación con el contenido del derecho aplicable.

Sin embargo, se debe atender a dicha interpretación de acuerdo con la Teleología Jurídica, misma que parte de los derechos humanos, de la defensa de los derechos de libertad, seguridad, defensa adecuada, seguridad jurídica y bienestar, pues la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos lo prevé.

En el caso que nos ocupa, la interpretación que se debe realizar para imponer una medida cautelar, que más bien parece ya la sanción, es, precisamente la teleología jurídica, ya que lo que se busca es evitar la conducta que se traduce en un delito.

Manifestado lo anterior, tenemos que sobre la constitución no existe Ley, todo aquello que contraríe sus preceptos es nulo, o que vaya más allá de lo que esta

---

<sup>171</sup> AYALA ESCORZA, María del Carmen y GARCÍA ALONSO, Juan Carlos. op.cit. p. 145

contempla, por lo que siempre se debe estar sujeto a lo previsto en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y atender al principio *pro-homine* y realizar una interpretación conforme.

Lo anterior en virtud de que toda Constitución es la base en la que un Estado se funda y se protegen los derechos de todo individuo, misma que presupone o implica distintos aspectos que van dirigidos precisamente a la protección de los derechos naturales y la dignidad humana.

Retomando a Rousseau, la constitución no es un acto de un pueblo soberano, sino que esta debe formularse de tal forma que la comunidad política dé cabida a todos los derechos del hombre y por supuesto, sus libertades.<sup>172</sup>

En consecuencia, cualquier persona que tenga como labor la interpretación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tiene la labor de determinar el sentido de los artículos de la forma más benevolente, anteponiendo siempre los derechos humanos (principio *pro-homine*).

Ahora bien, previo a entrar a una interpretación jurídica conforme, como se señala en el párrafo que antecede, se debe tener en cuenta que tal como lo afirma Rolando Tamayo y Salmorán la constitución no es una cosa, sino más bien una función, una función que es esencial al orden jurídico que nos permite identificar los distintos elementos que lo forman.<sup>173</sup>

La constitución de 1917, por su propia naturaleza viola los derechos humanos, aunque sea norma fundamental, porque una norma jurídica no puede estar arriba de las conductas humanas (estos son los más importantes).

La constitución de 1917 no lleva la lógica jurídica de protección de los derechos humanos. Se afirma esto porque La tarea exegética es una tarea cien por

---

<sup>172</sup> TAMAYO, Rolando, óp.cit. p. 75

<sup>173</sup> Ibid. p. 251.

ciento intelectual mas no una operación reglada por fórmulas objetivas u objetivables, por lo que jamás se puede considerar un proceso automático en el que se alcancen una solución jurídica a la cuestión objeto de controversia, esto es, se deben analizar diversas circunstancias, como es, en el caso que nos aplica:

1. Movimiento corporal;
2. Nexo Causal;
3. Resultado;
4. Sujeto Activo y Sujeto Pasivo;
5. Bien Jurídico;
6. Objeto Material;
7. Medios, formas, circunstancias;
8. Modalidades del lugar, tiempo y circunstancias;
9. Elemento normativo;
10. Elemento subjetivo, distinto del dolo (ultra intención);
11. Dolo, y
12. Culpa.

Tomando en consideración los once elementos, en virtud de que no pueden coexistir los dos últimos, dolo y culpa, es como se puede entonces determinar si la conducta es o no contraria a derecho, o bien, si el imputado o la imputada realmente cometieron el acto que se les atribuye, sin embargo, para dictar el auto de vinculación solamente se aplican los tres primeros, el movimiento corporal, el nexo causal y el resultado, lo que evidencia la clara violación de derechos del imputado, al estar vulnerando el principio del debido proceso.

Pues es diferente lo que dice la norma, la finalidad de la norma que es de prevención y no de coerción.

La finalidad de la norma es la prevención de los delitos, no su castigo; la norma jurídica es una construcción positiva; La norma la crea el poder judicial y a través de las sentencias.

La norma jurídica se crea buscando una ultrainstitución y una ultrafinalidad, que es que se respete la norma, lo que es la axiología, que se basa en valores. Respeto a los valores intrínsecamente basados en la defensa de los derechos humanos, basado en lógica jurídica que encuentran su origen en los valores.

Las normas jurídicas regulan conductas jurídicas, por lo tanto, si una norma jurídica impone la prisión preventiva oficiosa, no estudia conductas, ni analiza personalidades ni humaniza situaciones sociales y no actúa conforme a los valores humanos, tenemos la siguiente hipótesis:

Todas las personas que encuadran en esa norma tienen prisión preventiva, por lo tanto, no estudia conductas, no analiza personalidades, no analiza conductas sociales, no actúa conforme a los valores humanos, por lo que una ley coercitiva sobre los derechos humanos es inconstitucional.

## CONCLUSIONES

- Tomando en consideración que la procuración de administración de justicia en el Estado mexicano parte de un positivismo tradicional así reconocido por la misma Constitución, derivado de la construcción de la norma jurídica a través del procedimiento legislativo, podemos observar que seguimos viviendo de que el derecho construye derecho.

En este sentido se observa claramente que en el artículo 19 constitucional se le faculta a la autoridad judicial para decretar la prisión preventiva de manera oficiosa sin tomar en consideración al sujeto a la persona, el domicilio, el delito, los medios, las formas, las comisiones, los instrumentos, que deben de ser relevantes, tomando en cuenta que no se priva de la libertad a una persona porque una norma lo diga, sino porque hay los elementos suficientes para que proceda la prisión preventiva.

- La construcción de los elementos mínimos para dictar la prisión preventiva no debe de ser en el sentido de que la norma lo señale, sino en razón a los elementos constitutivos del tipo penal, los cuales se dividen en elementos objetivos, normativos y subjetivos, diferentes del dolo y la culpa.

Podemos observar que los artículos 405 y 406 del código nacional de procedimientos penales, que hablan en el sentido para dictar una sentencia de responsabilidad y no responsabilidad parten lógicamente de la continuidad del procedimiento con relación a la persona, si está detenido o está en libertad.

Tomando en consideración a la persona a la que se le determina una detención, entonces nos obliga a que el fiscal a través de la dirección de servicios periciales acredite mínimamente el hecho que la ley señala como

delito, porque así lo señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Y el hecho que la ley señala como delito se llama tipicidad, por lo tanto todas las determinaciones relacionadas con la prisión preventiva oficiosa que no acrediten el hecho que la ley señala como delito, como lo platiqué en las últimas páginas del documento que se redactó, tiene que ser en el sentido de, por lo menos, los ocho elementos objetivos del tipo penal.

Con relación a la prelación lógica para dictar el auto de vinculación a proceso tenemos que tomar en consideración que existen dos momentos o dos formas con relación a esta sistematización:

1. La construcción de la norma jurídica como norma jurídica y su sistematización sin su aplicación, y
2. La operación y aplicación de esta normatividad a través de los actos jurídicos que realiza el defensor, el ministerio público, los testigos, la autoridad judicial, así como los asesores jurídicos que participen en él.

Por lo tanto, encontramos, si bien la aplicación del procedimiento como un ejercicio sabio, jurídico hasta la administración de justicia, de forma lógica también se aplica o se puede observar desde el punto de vista normativo sin su aplicación

Tomando en consideración que el trabajo de investigación habla de un análisis lógico, pues eso es lo que se trató de verter en este trabajo, por lo que partimos de una explicación a través de los eventos más relevantes que anteceden a la prisión preventiva, a la prisión oficiosa y a la prisión y a la prisión definitiva que nos permita conocer e identificar cuáles eran aquellos elementos que pudieron haber sido el fundamento para llegar al reconocimiento de lo que hoy procede como prisión preventiva.

En un segundo momento realizamos un ejercicio de construcción teórica, normativa sobre cuáles son las diferentes corrientes, cuáles son las diferentes teorías y cuáles son esos elementos propios de la prisión preventiva que permiten un análisis lógico, un contexto, un problema una situación real en razón a su aplicación y a su motivación del presente trabajo de investigación.

Dentro de la secuencia de este trabajo de investigación pues llegamos a la geografía del dolor, que es la prisión preventiva como regla normativa y no como oportunidad lógica valorativa a cargo de un administrador de justicia.

Por lo tanto, consideramos que estas conclusiones van a retroalimentar tanto a los siguientes investigadores con relación a este objeto de estudio, como en la carrera profesional que voy a continuar realizando con relación a la defensa de los derechos humanos y poner en el más alto nivel de estudio y en el más alto nivel de compromiso ético la responsabilidad de no permitir que se violente mi derecho a la libertad como el derecho a la libertad de las personas.

## PROPUESTA

Después de haber realizado un estudio de lo que es la prisión preventiva desde sus antecedentes, la Teoría del Delito, la Teoría del Caso, la Teoría de la Pena, así como de la prisión preventiva oficiosa en México ordenada por los artículos 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Es necesario comprender que con base en las cadenas normativas y el análisis lógico jurídico sobre los problemas que genera la prisión preventiva oficiosa en México, el Estado Mexicano ordena que se imponga la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa en México de manera directa, sin que el legislador haya realizado una valoración de la gravedad que se comete al ordenar dicha imposición de la medida restrictiva de la libertad.

Ello porque no se contempla ante dicho ordenamiento de “oficiosa”, que primero debe de aplicarse el control de convencionalidad mismo que está marcado en la norma internacional de carácter “*ex officio*”, que también implica ese carácter o grado de observación sobre la normatividad internacional por lo que, al no aplicarlo los jueces a pesar de estar siendo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos humanos, se viola de manera directa el derecho humano a la libertad, el de presunción de inocencia y por consecuencia lógica el de debido proceso.

Por lo tanto, se debería de eliminar la prisión preventiva oficiosa en México, a través de reforma de ley sobre el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como del artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales ya que, si bien es cierto que la prisión preventiva justificada y la legal, pueden llevar a la violación de derechos humanos, la prisión preventiva oficiosa lo hace por el solo hecho de estar normada.

## FUENTES DE INFORMACIÓN Y CONSULTA

### BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. El Delito y la Responsabilidad Penal, Teoría, Jurisprudencia y Práctica. México: Editorial Porrúa. Cuarta reimpression, 2017. p. 22. ISBN: 978-607-8447-97-8.

AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G. Derecho Penal. Cuarta Edición. México: Editorial OXFORD, 2012. p. 5. ISBN: 978-607-426-275-9.

AYALA ESCORZA, María del Carmen y GARCÍA ALONSO, Juan Carlos. Introducción al estudio del Derecho. México: Editorial Flores, 2016. p. 140. ISBN:978-607-610-433-0

BARDALES LAZCANO, Erika. Guía para el Estudio del Sistema Acusatorio en México. Quinta edición. México: Editorial Flores, 2008. p. 43. ISBN. 978-607-00-3101-4.

BARRITA LÓPEZ, Fernando A., Manual de Criminología, México 1996. Editorial Porrúa. p. 227. ISBN: 978-970-077-1111-3

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio. España: Editorial Bosch 2011. p. 47. ISBN: 978-84-7698-965-4.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y otros. Derecho Penal Mexicano. Parte general. Vigésima Edición. México: Porrúa 1999. p.118. ISBN: 978-607-0914-690.

DAGDUG KALIFE, Alfredo. El código de procedimientos penales para el distrito federal al amparo de los principios informadores del proceso penal. En PELAÉZ FERRUSCA MERCEDES, ONTIVEROS Alonso Miguel (coordinadores), La Influencia de la Ciencia Penal Alemana en Iberoamérica

en Homenaje a Claus Roxin, Tomo II, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006. p 204. ISBN: 968-5074-77-1

DORANTES TAMAYO, Luis. Teoría del Proceso. México. Editorial Porrúa, 2010. pp. 296. ISBN: 978-607-090396-0

EMBRIS VÁSQUEZ, José Luis. Medidas cautelares su Transición al sistema Acusatorio, Adversarial y Oral en México. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 278. ISBN: 978-607-09-1470-6

FIGUEROA NAVARRO, María del Carmen. Los orígenes del penitenciarismo español. España: Editorial Edisofer, S.L 2000. p. 50. ISBN: 9788489493322.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o Autoritarismo? Quinta Edición. México: Editorial. Porrúa, 2008, p 104. ISBN: 9786070924378

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Panorama del Proceso Penal. México: Editorial Porrúa, 2004 p. 153. ISBN: 978-970-0747-19-4

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Temas del nuevo procedimiento penal, Las reformas de 1996, 2008, 2013 y 2014,2016. México: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. p. 28. ISBN 978-607-02-4793-4.

JUÁREZ VEGA, Carmen Correa Chávez, José Jesús y Espinoza González, Juan Ricardo. Prisión Preventiva Oficiosa en México, Su Inconvencionalidad. México: Editorial Flores, 2020. p. 16. ISBN: 978-607-610-757-7.

KRAMER, Heinrich y otro. Malleus Maleficarum: El martillo de los brujos. Buenos Aires, Argentina: Editorial Orión. 1975.

NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F. y. RAMÍREZ SAAVEDRA, Beatriz E Litigación Oral y Práctica Forense Penal. México: Editorial Oxford, 2009. p. 87. ISBN978-607-426-035-9.

- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Teoría del Delito, Sistemas Causalista y Finalista. México: Editorial Porrúa. 1998. p. 9. ISBN: 968-452-736-5
- QUINTINO ZEPEDA, Rubén. Teoría del Delito en el Código Nacional de Procedimientos Penales. México: Editorial INACIPE, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2019. p. 17. ISBN: 978-607-8447-97-8.
- SANGUINÉ, Odone. Prisión Provisional y Derechos Fundamentales. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch. 2003. p. 88. ISBN: 978-848-4428-32-9.
- SANTACRUZ MORALES, David y otros. Trescientas Preguntas para entender el sistema penal acusatorio en México. Puebla, México. Editorial BUAP Ediciones. Puebla, 2018, p 10. ISBN:978-607-525-570-5.
- TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, Elementos para una Teoría General del Derecho Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica. Segunda Edición. México: Editorial Themis, 1998, p.17. ISBN 968-454-621-1
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Introducción al estudio de la Constitución. Doctrina Jurídica Contemporánea, México: Doctrina Jurídica Contemporánea, 1998. p. 249. ISBN 968-476-112-0
- VALADEZ DÍAZ, Manuel. Medidas Cautelares. Colección Temas Selectos del Sistema Acusatorio. México: Editorial Flores. 2019. p.1. ISBN:978-607-610-544-3.
- ZAMORA-PIERCE, Jesús. Garantías y procesos penales. México: Editorial Porrúa. 2000. p. 164. ISBN 968-432-978-4

## HEMEROGRAFÍA:

ÁLVAREZ DÍAZ DE LEÓN, Germán, Montenegro Núñez, María del Carmen y Manuel Martínez, José, Apuntes acerca de dos escuelas criminológicas: Clásica y Positivista, TEXTOS DE APOYO DIDÁCTICO, [en línea] 2012, México: UNAM, [consulta: 7 noviembre 2022] p. 5. Disponible en: [https://www.psicologia.unam.mx/documentos/pdf/publicaciones/Apuntes\\_acerca\\_de\\_dos\\_escuelas\\_criminologicas\\_Clasica\\_y\\_positivista\\_Alvarez\\_Diaz\\_Montenegro\\_Nunez\\_Manuel\\_Martinez\\_TAD\\_7\\_8\\_9\\_sem.pdf](https://www.psicologia.unam.mx/documentos/pdf/publicaciones/Apuntes_acerca_de_dos_escuelas_criminologicas_Clasica_y_positivista_Alvarez_Diaz_Montenegro_Nunez_Manuel_Martinez_TAD_7_8_9_sem.pdf)

ASTUDILLO LEYVA, Jesús Javier. El nuevo enfoque de supremacía constitucional: hacia la supremacía de los derechos humanos. En: Centro de Estudios Constitucionales SCJN [en línea] [consulta 04 noviembre 2022] Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/el-nuevo-enfoque-de-supremacia-constitucional-hacia-la-supremacia-de-los-derechos-humanos>

CARO POZO, Felipe. John Howard y su influencia en la Reforma penitenciaria europea de finales del siglo XVIII [en línea]. 2013. Núm. 27. Santiago de Chile:2013. EGUZKILORE [consulta: 07 noviembre 2021]. pp. 149. ISSN 02109700. Disponible en: <https://www.ehu.eus/documents/1736829/3202683/10-Caro.pdf> .

CÁSAREZ ZAZUETA, Olga Fernanda y GUILLÉN LÓPEZ, German. Teoría del Caso en el sistema penal acusatorio. En: Academia Jurídico Formativa [en línea] [consulta. 4 noviembre 2021]. Disponible en: [http://www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v\\_coloquio/doc/derechoconstitucional/CAZAREZ\\_OLGA\\_Y\\_GERMAN\\_GUILLEN.pdf](http://www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v_coloquio/doc/derechoconstitucional/CAZAREZ_OLGA_Y_GERMAN_GUILLEN.pdf)

CHECA RIVERA, Natalia. El sistema penitenciario, orígenes y evolución histórica [en línea] Master Universitario. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, enero de 2017, [consulta 11 noviembre 2022], p.137. Disponible en: <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/31992/TFM%20NATALIA%20CHECA%20RIVERA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

CONTRERAS BUSTAMANTE, Raúl. Ineficacia de la prisión preventiva oficiosa, Corolario. EXCELSIOR. <https://www.excelsior.com.mx/opinion/raul-contreras-bustamante/ineficacia-de-la-prision-preventiva-oficiosa/1565652>

ENRÍQUEZ RUBIO HERNANDEZ, Herlinda. La Prisión Reseña Histórica y Conceptual. Ciencia Jurídica Universidad de Guanajuato, división de Derecho, Política y Gobierno [en línea] Año 1, no. 2 [consulta 18 septiembre 2022] Disponible en: [file:///C:/Users/aaa/Downloads/Dialnet-BreveResenaHistoricaYConceptualDeLaPrision-4216857%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/aaa/Downloads/Dialnet-BreveResenaHistoricaYConceptualDeLaPrision-4216857%20(2).pdf)

GARCÍA MURILLO, José Guillermo y García Ramírez, Víctor. Lógica Jurídica. De Jure. No. 6. Tercera época [en línea] [consulta 16 de enero de 2023]. Disponible en: <https://citlalilarablog.files.wordpress.com/2016/08/lectura-1.pdf>

GUZMAN DALBORA, José Luis. Código Penal Francés de 1791. Revista de Derecho Penal y Criminología [en línea] 2009 3ª época, no. 1 [consulta 18 septiembre 2022] ISSN: 1132-9955. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1-30410&dsID=PDF#:~:text=Quedan%20abolidos%2C%20para%20todos%20los,perd%C3%B3n%20y%20conmutaci%C3%B3n%20de%20penas.&text=Art%C3%ADculo%201.>

LÓPEZ MELERO, Monserrat, Evolución de los Sistemas penitenciarios y de la ejecución Penal. Revista pensamiento penal [en línea] 2013 [consulta: 7 noviembre 2022] ISSN: 1853-4554. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/35621-evolucion-sistemas-penitenciarios-y-ejecucion-penal>

La Jornada de Oriente, [en línea] [consulta: 14 de enero de 2023]. Disponible en: <https://www.lajornadadeoriente.com.mx/puebla/hacinamiento-carceles-tepeaca/>

MEDINA NARVÁEZ, José Ángel. Teoría del Caso: consolidación de la Teoría del Delito Eumed.net Servicios Académicos Intercontinentales. S.L. [en línea] [consulta 20 septiembre 2020]. ISSN. 1989-9300. Disponible en: <https://www.eumed.net/rev/tlatemoani/06/jamn.htm>

México Desconocido, [en línea] [consulta: 4 noviembre 2022] Disponible en: <https://www.mexicodesconocido.com.mx/la-inquisicion.html>

MURO RUIZ D. Lógica General. En Crai Landívar, red de Bibliotecas Universidad Rafael Landivar. [en línea] [consulta 16 enero 2023]. Disponible en: <http://biblio3.url.edu.gt/Publi/Libros/Logica-Juridica/02.pdf>

VELAZQUEZ MARTÍN, Sergio, Historia del Derecho penitenciario español. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales [en línea]. Madrid. Universidad de Alcalá, 2017 [consulta: 18 septiembre 2022.]. Volumen: LXX, Tomo 70. ISSN: 0210-3001, pp. 387 - 444. 389. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6930589>

YUPANQUI TELLO, Marlene y HUAULLANI VARGAS, Huber. La intervención Jurídica en la aplicación de las teorías de la pena. Derecho y cambio social, [en línea] [consulta 4 noviembre 2021] Disponible en: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista007/la%20pena.htm>.

## **INSTRUMENTOS JURÍDICOS**

BCN Ley Chile, Constitución Política de la República de Chile promulgada en 8 de agosto de 1828. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1005251>

BCN Ley Chile, Constitución Política de la República de Chile promulgada en 8 de agosto de 1828. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1005252>

BCN Ley Chile, Constitución Política de la República de Chile promulgada en 8 de agosto de 1828. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1005253>

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014, en vigor a nivel federal de manera gradual, sin que pueda exceder del 18 de junio de 2016. Reformas publicadas en el D.O.F. 19 de febrero de 2011. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf>

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, en vigor a partir del 1 de mayo de 1919, reformas publicadas en el D.O.F. 18 de noviembre de 2022. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

Contradicción de Tesis 293/011, Min. Arturo Saldivar Lelo de Larrea, SCJN DETERMINA QUE LAS NORMAS SOBRE DERECHOS HUMANOS CONTENIDAS EN TRATADOS INTERNACIONALES TIENEN RANGO CONSTITUCIONAL. Primera Sala. Votado por mayoría de votos el 24 de junio de 2011. [En línea]

Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20 y 119 y se deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_ref\\_129\\_03sep93.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_129_03sep93.pdf)

Decreto por el que se reforma el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/cpeum/CPEUM\\_149\\_DO\\_F\\_21sep00.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/cpeum/CPEUM_149_DO_F_21sep00.pdf)

Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo No. 638 [en línea] Perú, Julio 2004. Disponible en: [http://oas.org/jurídico/pdfs/mesicic4\\_per\\_cod\\_procesal.pdf](http://oas.org/jurídico/pdfs/mesicic4_per_cod_procesal.pdf)

Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo No. 957 [en línea] Perú, Julio 2004. Disponible en: [http://oas.org/jurídico/pdfs/mesicic4\\_per\\_cod\\_procesal.pdf](http://oas.org/jurídico/pdfs/mesicic4_per_cod_procesal.pdf)

Tesis [A]: P/1919 (5a.). Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, enero de 1919. Reg. Digital: 289496.

Tesis [A]: 2ª.LXXV/2012 (10ª) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo 3, octubre de 2012. P. 2038. Reg. Digital: 2002065

Tesis [A]: P/1919 (5a.). Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, octubre de 1919. Reg. Digital: 28931296.

Tesis [J]: p./j76/2018, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época, Tomo I, diciembre de. 2018. P.209. Reg. Digital: 2018592

Tesis 1ª./J.107/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época, Tomo XXII, agosto de 2005. P.799. Reg. Digital: 20020000

### **CIBERGRAFÍAS:**

BECCARIA, Cesare. Tratado de los delitos y de las penas [en línea]. Madrid, España: Editorial Committee. 2015 [consulta: 7 noviembre 2021] p. 134. ISBN: 978-84-89315-76-1. Disponible en: <https://criminologiacomunicacionymedios.files.wordpress.com/2013/08/beccaria-cesar-tratado-de-los-delitos-y-de-las-penas.pdf>

CONCEPTO. [EN LÍNEA] [CONSULTA 16 ENERO 2023] DISPONIBLE EN: <https://concepto.de/segunda-guerra-mundial/>

Congreso de la República, Perú, Teorías de la pena [en línea] [consulta: 4 noviembre 2021].

[https://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/extorsion/Teorias\\_pena\\_investigacion.pdf](https://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/extorsion/Teorias_pena_investigacion.pdf)

Diccionario Oxford Languages. Disponible en:

[https://www.google.com/search?q=inhumano&rlz=1C1ONGR\\_esMX1014MX1014&oq=inhumano&aqs=chrome.0i355i433i512j46i433i512j0i512j46i512j0i512i2j46i512j69i60.2030j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=inhumano&rlz=1C1ONGR_esMX1014MX1014&oq=inhumano&aqs=chrome.0i355i433i512j46i433i512j0i512j46i512j0i512i2j46i512j69i60.2030j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8)

FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal, Introducción y Parte General [en línea]. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot. 1998 [consulta 03 noviembre 2021]. p. 249 Disponible en: <https://es.slideshare.net/EscuelaDeFiscales/derecho-penal-parte-general-carlos-fontan-balestra>.

Komoni.mx, [en línea]. [consulta 29 noviembre 2019]. Disponible en: <https://komoni.chemisax.com/prisiones-jueces-y-delitos-entre-los-mexicas/>

LÓPEZ, Nicole, Escuela Ecléctica [en línea]. En: Antecedentes de la Criminología Principales escuelas criminológicas del siglo XX. 22 de febrero de 2019. [consulta: 04 noviembre 2022] Disponible en: <https://naranja242001.blogspot.com/2019/02/escuela-eclectica.html>

MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano [en línea]. 5ta Edición. México: Editorial Porrúa 1998. [consulta: 30 noviembre 2021]. p. 623. ISBN 970-07-4222-9. Disponible en: <https://corporativojuridico-aragon.com.mx/gallery/derecho%20penal%20mexicano%20by%20gustavo%20malo%20camacho.pdf>

MARCELO Victor R., Historia Universal de la Prisión Preventiva y la Detención Preventiva en el Derecho Penal Peruano [en línea]. En: Derecho 911. 9 de enero de 2017. [Consulta: 11 noviembre 2022] Disponible en:

[http://derecho911.blogspot.com/2017/01/historia-universal-de-la-prision.html#\\_Toc471752081](http://derecho911.blogspot.com/2017/01/historia-universal-de-la-prision.html#_Toc471752081)

MEZGER, Edmundo. Derecho Penal, libro de estudio. [en línea]. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina. 1958. [consulta 03 noviembre 2021]. p.239. Disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/Derecho-Penal-Edmundo-Mezger-LP.pdf>.

Observatorio Nacional de Prisiones [en línea] [consulta: 22 enero 2023] disponible en: <https://observatorio-de-prisiones.documenta.org.mx/archivos/4949>

Palacio de Bridewell [en línea] [consulta 18 septiembre 2022] Disponible en: [https://hmong.es/wiki/Bridewell\\_Prison](https://hmong.es/wiki/Bridewell_Prison)

PAREDES CALDERÓN, Ricardo. Las medidas cautelares en el Sistema de Justicia Penal Acusatorio. México: Editorial Colofón, 2018, pp. 264. ISBN: 978-607-8622-10-8

PAVARINI Massimo. Control y Dominación, Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico [en línea]. Argentina: Siglo XXI editores, 2002. [consulta 16 septiembre 2022] p. 37. ISBN: 968-23-1214-0. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina39912.pdf>

PAVON VASCONCELOS Francisco. "Manual de derecho penal mexicano Parte General [en línea]. Decimoséptima edición. México: Editorial Porrúa 2004 [consulta: 4 septiembre 2021 19:55 horas]. ISBN: 9700745090. Disponible en: <https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/06/59965379-manual-de-derecho-penal-mexicano-francisco-pavon-vasconcelos.pdf>

RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles [en línea]. Madrid: Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, 2007, [consulta: 8 de agosto de 2022] p. 31 ISBN 978-84-8150-280-0. Disponible en: <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y->

documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-  
descargables/instituciones-penitenciarias/Arrestos-carceles-y-prisiones-en-los-  
derechos-historicos-espanoles-NIPO-126-10-030-8.pdf

Real Academia Española. [en línea] [consulta 21 octubre 2021]. Disponible en:  
<https://dle.rae.es/delito?m=form>

SALAS BETETA, Christian. La teoría del caso y las técnicas de litigación oral penal.  
El proceso penal Acusatorio. [en línea]. [consulta: 05 noviembre 2021 18:00  
horas]. Disponible en: [http://cienciaspenalesypraxis.blogspot.com/p/la-teoria-  
del-caso-y-las-tecnicas-de.html](http://cienciaspenalesypraxis.blogspot.com/p/la-teoria-del-caso-y-las-tecnicas-de.html)

STUDOCU. Evolución y Modernas Tendencia de la Teoría del Delito en Alemania,  
Argentina, [en línea] Universidad Siglo 21, Abril 2008, [consulta 7 noviembre  
2022] p. 4. Disponible en: [https://www.studocu.com/es-  
ar/document/universidad-siglo-21/derecho-penal-i/evolucion-y-modernas-  
tendencias-de-la-teoria-del-delito-en-alemania/17653534](https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-siglo-21/derecho-penal-i/evolucion-y-modernas-tendencias-de-la-teoria-del-delito-en-alemania/17653534)

VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad. En: Culpabilidad e Inculpabilidad: Teoría del  
Delito. [en línea]. Segunda Edición. México: Editorial Trillas, 2011 [consulta 4  
noviembre 2022]. ISBN: 9682413490. Disponible en:  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1757/10.pdf>

### **ORGANISMOS INTERNACIONALES:**

Convención Americana sobre Derechos Humanos. [en línea]. [consulta: 1 diciembre  
2019] Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-  
32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948. [en línea] [consulta: 31 octubre  
2021]. Disponible en: <https://www.humanium.org/es/derechos-humanos-1948/>

Naciones Unidas [en línea] [consulta 16 agosto 2022] Disponible en:  
<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Naciones Unidas, Paz dignidad e igualdad en un planeta sano; Años preparatorios: Historia de la Carta de la ONU. [en línea]. [consulta: 01 noviembre 2021] Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/history-of-the-un/preparatory-years>.

Naciones Unidas. La Declaración Universal de Derechos Humanos. [en línea] [consulta: 1 diciembre 2019]. Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Organización de las Naciones Unidas [en línea] [consulta 16 agosto 2022] Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/history-of-the-un>

Portal CNDH México. Se aprueba la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano. [en línea]. [consulta: 18 septiembre 2022] Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/index.php/noticia/se-aprueba-la-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano#:~:text=El%2026%20de%20agosto%20de,las%20Naciones%20Unidas%20en%201948.>

### **TESIS DE GRADO:**

ZAPATA VILLAR, Robert Ramón. La Aplicación de la reserva del fallo condenatorio en el Distrito Judicial de Lima, periodo 2002-2007.[en línea] Tesis Maestría (magister) en Derecho con mención en ciencias penales. Facultad de derecho y ciencia política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima Perú, 2007 [consulta 2 enero 2023]. Disponible en: [https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1716/Zapata\\_vr.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1716/Zapata_vr.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

GONZALO MIRANDA, Julio, La prisión provisional como pena anticipada [en línea]  
Doctorado en Derecho y Ciencia Política, Universitat de Barcelona, Barcelona,  
2020 [consulta 20 noviembre 2022] Disponible en:  
[https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/672290/JGM\\_TESIS.pdf?locale-attribute=es](https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/672290/JGM_TESIS.pdf?locale-attribute=es)

## **PONENCIAS:**

Erick Roquel. Lógica Jurídica. <https://www.youtube.com/watch?v=QSlmGosRBII>  
[consulta 17 enero 2023]

Universidad Señor de Sipán. Educación a distancia. Principios de Lógica Jurídica.  
ANACLETO SILVA Diana Berlyne. [consulta 17 de enero 2023]  
<https://www.youtube.com/watch?v=3-AXlu9RpDk>