

BENEMÉRITA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE PUEBLA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

SECRETARÍA DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CON TERMINAL EN CIENCIAS PENALES.

TESIS

**“LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PROCESAL A FAVOR DEL REO EN MATERIA DE
PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA”**

**TESIS QUE SE PRESENTA PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO CON
TERMINAL EN CIENCIAS PENALES**

PRESENTA

LICENCIADO CÉSAR GABRIEL OSORIO CARRILLO.

213471345

TUTOR, DIRECTOR Y ASESOR DE TESIS:

DR. JOSÉ LUIS PÉREZ BECERRA.

Heroica Puebla de Zaragoza, Mayo 2018.

Agradecimientos.

Agradezco a la Benemérita universidad Autónoma de Puebla en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho por haberme dado la oportunidad de enriquecerme intelectualmente, así como al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología por la confianza y apoyo otorgado para la realización de mi estudio de posgrado.

Así mismo agradezco a mi tutor de tesis Doctor José Luis Pérez Becerra por la invaluable cooperación y ayuda que recibí de su parte para la realización y conclusión de ésta investigación.

A mi familia, fuente inagotable de cariño y fortaleza.

Índice.

	Página
Introducción.....	I
Capítulo 1.- Génesis de la prisión, la prisión preventiva y su relación con los delitos graves.....	1
- 1.1. Generalidades.....	1
- 1.2. Civilizaciones clásicas, Grecia y Roma.....	2
- 1.3. El Derecho Germano.....	5
- 1.4. La Edad Media.....	7
- 1.5. La Ilustración.....	9
- 1.6. La Colonia.....	12
- 1.7. El proceso penal en el México Independiente.....	13
- 1.7.1. Constitución de Apatzingán.....	14
- 1.7.2. Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822.....	15
- 1.7.3. Constitución de 1824.....	16
- 1.7.4. Bando con prevenciones dirigidas a expeditar la administración de justicia en el Distrito y Territorios.....	16
- 1.7.5. Ley sobre el modo de juzgar a los ladrones, homicidas y sus cómplices.....	17

- 1.7.6. Siete Leyes Constitucionales de 1836.....	18
- 1.7.7. Proyecto de Reforma Constitucional de 1840.....	19
- 1.7.8. Proyecto de Reforma de 1842.....	20
- 1.7.9. Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843.....	21
- 1.7.10. Ley sobre el modo de juzgar a los ladrones, homicidas y heridores del 6 de junio de 1848.....	21
- 1.7.11. Constitución Política de la República Mexicana de 1857.....	22
- 1.7.12. Código Penal de 1871.....	23
- 1.7.13. Código de Procedimientos para el Distrito Federal y Territorio de Baja California.....	23
- 1.7.14. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.....	24
- 1.7.15. Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común y del Distrito y Territorios Federales de 1919.....	28
- 1.7.16. Reformas constitucionales que influyeron en la prisión preventiva.- El 22 de noviembre de 1948.....	28
- 1.7.17. Reforma constitucional del 3 de diciembre de 1982.....	28
- 1.7.18. Reforma constitucional del tres de septiembre de 1993.....	26
- 1.7.19. Reforma constitucional durante la Presidencia de Ernesto Zedillo.....	27
- 1.7.21. Reforma constitucional del 18 de junio del año 2008.....	27

Capítulo 2.- La prisión en México y la prisión como herramienta de

control de criminalidad; la prisión preventiva como instrumento procesal.....	31
- 2.1. Consideración general.....	31
-2.2. De la prisión.....	32
- 2.3. Nacimiento de la prisión.....	33
- 2.4. Normatividad penitenciaria en México.....	34
- 2.4.1. Disposiciones del sistema penitenciario contemplados por la Constitución.....	35
- 2.4.2. Ley Nacional de Ejecución Penal.....	36
- 2.5. La situación del Sistema Penitenciario Mexicano.....	39
- 2.5.1. Infraestructura.....	39
- 2.5.2. Internos.....	40
- 2.5.3. Espacios.....	42
- 2.5.4. Hacinamiento.....	44
- 2.5.5. Recursos materiales y presupuesto.....	48
- 2.5.6. Reinserción social.....	50
- 2.6. Enfoque criminológico del sistema punitivo.....	56
- 2.6.1. Teorías etiológicas del crimen.....	57
- 2.6.1.1. Teorías Biologicistas de la explicación criminal.....	58
- 2.6.1.2. Teorías Psicologicistas de la explicación criminal.....	59
- 2.6.1.3. Teorías Sociológicas del delito.....	61
- 2.6.2. Índices delictivos en México.....	65
- 2.6.3. Administración de justicia en México.....	71

- 2.6.3.1. Índices generales en administración de justicia.....	71
- 2.6.3.2. Administración de Justicia en Materia Penal.....	74
-2.7. De la prisión preventiva.....	79
- 2.7.1. Su naturaleza.....	82
- 2.7.2. Su objeto.....	86
- 2.7.3. Prisión preventiva y procedimiento penal.....	88
- 2.7.4. Reforma constitucional en materia de prisión preventiva.....	91
- 2.7.5. Prisión, prisión preventiva y prisión preventiva oficiosa en el marco normativo externo e interno a partir de la reforma constitucional del 2008.....	95
- 2.7.5.1. Estudio de los artículos 18 y 19 Constitucionales en cuanto a la procedencia y cumplimiento de la prisión preventiva.....	96
- 2.7.5.2. La prisión preventiva y prisión preventiva oficiosa en Código Nacional de Procedimientos Penales.....	102
- 2.7.5.3. Estudio de los delitos y modalidades por los que procede la prisión preventiva oficiosa.....	113
- 2.7.5.3.1. Código Penal Federal.....	113
- 2.7.5.3.1.1. Homicidio.....	114
- 2.7.5.3.1.2. Genocidio.....	115
- 2.7.5.3.1.3. Violación.....	115
- 2.7.5.3.1.4. Traición a la patria.....	116

- 2.7.5.3.1.5. Espionaje.....	117
- 2.7.5.3.1.6. Terrorismo nacional.....	114
- 2.7.5.3.1.7. Terrorismo internacional.....	118
- 2.7.5.3.1.8. Sabotaje.....	119
- 2.7.5.3.1.9. Los previstos en los artículos 142 párrafo segundo y 145.....	119
- 2.7.5.3.1.10. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo.....	121
- 2.7.5.3.1.11. Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas incapaces.....	121
- 2.7.5.3.1.12. Turismo sexual en contra de menores o incapaces.....	121
- 2.7.5.3.1.13. Lenocinio en contra de menores o incapaces.....	122
- 2.7.5.3.1.14. Pederastia.....	122
- 2.7.5.3.1.15. Tráfico de menores.....	122
- 2.7.5.3.1.16. Contra la salud.....	123
- 2.7.5.3.2. Ley General de Salud.....	125

- 2.7.5.3.3. Ley General para prevenir y sancionar delitos en Materia de Secuestro.....	127
- 2.7.5.3.4. Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos.....	128
- 2.7.5.3.5. Ley General contra la delincuencia organizada.....	131
- 2.7.5.4. Tratados internacionales signados por México en materia de Derechos Humanos que contienen disposiciones relativas a la prisión preventiva.....	134
- 2.7.5.4.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	136
- 2.7.5.4.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).....	137
- 2.7.5.4.3. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.....	143
- 2.7.5.4.4. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los Reclusos.....	147
- 2.7.5.4.5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	149

- 2.7.5.5. Criterios jurisprudenciales respecto a la prisión preventiva emitidos por el Poder Judicial de la Federación.....	151
- 2.8. Política criminal penal y penitenciarismo en México.....	157
- 2.8.1. ¿Qué es la Política Criminal y como se relaciona con el Derecho Penal y la Criminología?.....	158
- 2.8.2. Política criminal y penología.....	162
- 2.8.3. Funcionalismo y garantismo penal en la prisión preventiva.....	165
- 2.8.4. Política criminal en torno a la prisión y la prisión preventiva.....	171
- 2.8.4.1. Prisión.....	172
- 2.8.4.2. Prisión preventiva.....	174
- 2.8.5. Costo social de la prisión preventiva en México.....	178
- 2.8.6. ¿Es la prisión preventiva la mejor alternativa para lograr los fines del procedimiento?	181
Capítulo 3.- Derechos humanos, Impartición de justicia y Retroactividad de la ley.....	186
- 3.1. Derechos Humanos,.....	187
-3.1.1. La reforma constitucional en materia de Derechos Fundamentales.....	191
-3.1.2. Debido proceso como Derecho Humano.....	197
-3.1.3. Principios procesales.....	202
-3.1.4. Administración de justicia.....	204
- 3.2. El derecho a la Libertad.....	209

- 3.2.1. Libertad personal.....	210
- 3.2.2. Marco legal.....	210
- 3.2.3. Restricción al derecho de libertad.....	211
-3.3. Sistema y Orden jurídico.....	215
- 3.3.1. Vigencia de la ley.....	217
- 3.3.2. Validez de la norma jurídica.....	219
- 3.4. Principio de supremacía Constitucional.....	220
- 3.4.1. Principio de progresividad de las leyes.....	223
- 3.4.2. De la reforma a la Constitución.....	227
- 3.4.3. Control de constitucionalidad de las reformas.....	232
- 3.4.3.1. Artículos transitorios.....	235
- 3.4.3.2. Reforma a los artículos transitorios.....	238
- 3.5. Retroactividad de la ley.....	240
- 3.5.1. Retroactividad e irretroactividad de la ley.....	242
- 3.5.2. Ultraactividad de la ley.....	243
- 3.6. Principales teorías de retroactividad de la ley.....	246
- 3.6.1. Teoría de los Derechos adquiridos.....	246
- 3.6.2. Teoría de las situaciones jurídicas abstractas y de las situaciones jurídicas concretas.....	248
- 3.6.3. Tesis de Paul Roubier.....	250
- 3.6.4. Teoría de los componentes de la norma.....	251
- 3.7. La retroactividad de la ley más benéfica.....	255

- 3.7.1. Retroactividad en materia penal.....	258
- 3.7.2. Interpretaciones jurisdiccionales de la retroactividad de la ley penal.....	259
- 3.8. Retroactividad de la ley procesal.....	267
- 3.8.1. Litispendencia.....	270
- 3.8.2. Criterios que niegan retroactividad procesal.....	272
- 3.8.3. El interés público en la negativa de conceder retroactividad a las leyes procesales.....	277
- 3.9.4. Excepción a la prohibición de interpretación retroactiva de la ley procesal en materia de medidas cautelares privativas de libertad.....	279
Capítulo 4.- Conclusiones y propuestas.....	286
- 4.1. Conclusiones particulares.....	286
- 4.2. Conclusión general.....	297
- 4.3. Propuestas.....	299
- Fuentes de investigación, información y consulta.....	301
- Bibliografía.....	300
- Cibergrafía.....	303
- Legislación e instrumentos internacionales.....	315
- Jurisprudencia y resoluciones judiciales.....	317
- Anexos.....	323

Introducción.

La reforma constitucional en materia penal publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008 implica la transformación del sistema de justicia penal mexicano, transitando del proceso penal mixto a uno de corte acusatorio. Con ello que pretende terminar con los procesos penales con rasgos autoritarios, plagados de oscuridad, secrecía y parcialidad, para abrirle paso a procesos transparentes, dirigidos bajo el pleno respeto a los derechos humanos, pretendiendo un equilibrio e igualdad entre las partes.

La aplicación de la prisión preventiva como regla general es señalada como una de las causas más importantes de las deficiencias del sistema penitenciario y de seguridad pública en general, independientemente las graves violaciones de derechos humanos de los internos estrechamente relacionadas a esta situación. Existe una problemática en cuanto al altísimo nivel de internos en los centros de reinserción social de nuestro país, quienes sin haber recibido sentencia condenatoria se encuentran reclusos en prisión oficiosamente en razón del ordenamiento procesal punitivo vigente en la época en que presuntamente se cometió el ilícito que al considerarlo grave el delito por el que se les juzga.

En el sistema “tradicional” o mejor dicho el sistema procesal penal inquisitivo o mixto por mandato constitucional la aplicación de la prisión preventiva era oficiosa siempre y cuando se tratara de un delito “grave” así calificado por la ley procesal aplicable, cuya regulación estaba a cargo de los poderes públicos de cada Entidad Federativa en materia del fuero común y del Congreso General en materia federal.

Desafortunadamente la amplia facultad otorgada por la Constitución hasta antes de la reforma del 2008, tuvo como consecuencia que los códigos procesales penales, especialmente los de las entidades federativas fueran demasiado severos e incluso arbitrarios en la calificación de delitos graves, y por lo tanto la aplicación excesiva de la prisión preventiva oficiosa dentro de los procesos penales.

Sin embargo tal situación cambió drásticamente en función de la reforma penal del año 2008, pues ahora es la propia Constitución en su artículo 19 el regula de manera precisa a la figura procesal en comento; en principio establece de manera clara los requisitos que el Ministerio Público debe acreditar para que dicha medida sea impuesta. Igualmente

establece de manera limitativa los delitos por los cuales procede esta medida cautelar de manera oficiosa, siendo estos: delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Con tal medida se pretende solventar algunos de los problemas más graves no sólo del sistema de impartición de justicia, sino también lo relativo al respeto de derechos fundamentales en el sistema penitenciario, pues al limitar la Constitución de manera tajante los delitos por los cuales debe decretarse la prisión preventiva oficiosa, las leyes penales secundarias no pueden exceder dicho catálogo de delitos, de tal manera en todos los procedimientos penales iniciados estando vigente el sistema acusatorio, siempre que la imputación no sea por alguno de los delitos referidos, el sujeto a proceso estará en posibilidad de debatir la medida cautelar que le ha de ser impuesta.

Lo anterior tiene estrecha relación con el fortalecimiento del derecho fundamental de acceso a una impartición de justicia y otros derechos de los imputados en juicios criminales, como el de presunción de inocencia, *ultima ratio* y mínima afectación. De igual manera se pretende incidir en la problemática del hacinamiento penitenciario y las múltiples consecuencias negativas que ello tiene, pues especialmente en casos de individuos procesados por delitos patrimoniales ejecutados sin violencia, no necesariamente deberán permanecer reclusas durante la sustanciación del proceso penal en su contra.

En función de lo anterior viene a nuestra mente la figura de la retroactividad de la ley a favor del reo, respecto de la aplicación del mandato Constitucional a individuos sujetos a proceso penal reclusos en prisión preventiva decretada en procedimientos penales regulados por códigos inquisitivos o mixtos, y que no se sigan por la comisión de alguno de los delitos calificados como graves por el actual artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de tal manera les podría ser aplicado el criterio constitucional actual a efecto de que pudieran tener acceso al derecho de audiencia judicial con presencia del Ministerio Público y la víctima y ofendido, para poder controvertir la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar. Sin embargo el artículo Cuarto transitorio de la reforma constitucional penal prohíbe expresamente la aplicación de los

principios penales acusatorios en todo proceso iniciado con anterioridad a la declaratoria de inicio de vigencia del sistema acusatorio adversarial.

Dados los intereses en conflicto dentro de los que destacan el derecho a la libertad personal del individuo; los fines del procedimiento penal; la protección a la víctima u ofendido y el principio de *ultima ratio* del derecho penal, surge en nosotros la interrogante de si lo dispuesto por el artículo Cuarto transitorio de la reforma penal del 18 de junio del 2008 vulnera derechos fundamentales del individuo sujeto a prisión preventiva oficiosa, pues de manera tajante se restringe su derecho de audiencia, con inminente vulneración a su libertad personal.

Para responder esta problemática es necesario abordar el estudio de la prisión, la prisión preventiva y su modalidad oficiosa, así como el principio de la retroactividad de la ley en favor del reo.

En este orden de ideas, el primer capítulo de nuestra investigación abordamos el estudio histórico para conocer en qué momento surge la figura de la prisión preventiva y su relación con la gravedad del delito por el que se juzga al individuo; estudio en el que hemos partido de las culturas clásicas, y la influencia de estas a lo largo de los siglos en los sistemas de enjuiciamiento criminal que dieron forma a las leyes de nuestro país, concluyendo en la reforma penal del 18 de junio del 2008 que a su vez tuvo como consecuencia la creación del Código Nacional de Procedimientos Penales.

En el segundo y más vasto capítulo de nuestra investigación está enfocado al sistema penitenciario y el fenómeno delictivo, y como estos dos se relacionan con la prisión preventiva oficiosa; para ello partiremos de estudios teóricos de la prisión como institución de control social, estudiando de sus fundamentos y objetivos. Así mismo, analizaremos la normatividad vigente en materia penitenciaria en México para conocer cuáles son los principios por los que debe regirse el sistema penitenciario y contrastar tal información con los datos estadísticos arrojados por instituciones públicas y asociaciones privadas respecto de las condiciones materiales que se viven en las cárceles de nuestro país.

En el mismo tenor abordaremos las teorías que explican el surgimiento y desarrollo del delito para interpretar los índices delictivos en México y como el aparato punitivo a

través del poder judicial hace frente a ésta problemática, en especial mediante el uso de la prisión preventiva como herramienta procesal, para lo que profundizaremos en el estudio de la prisión preventiva para conocer su naturaleza, objeto y normatividad, entrando en detalle en cuanto a los delitos por los cuales actualmente procede la prisión preventiva oficiosa.

En el mismo capítulo segundo realizamos un estudio de los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos celebrados y ratificados por México en materia de prisión preventiva. En seguida abordaremos el enfoque de la Política Criminal en nuestro objeto de estudio, relacionándolo con datos recabados a cerca del costo social y desgaste del aparato punitivo a causa del uso de la prisión preventiva como medida cautelar por excelencia en los juicios seguidos mediante normatividad procesal inquisitiva.

En nuestro tercer capítulo está enfocado al estudio de los Derechos Humanos, la retroactividad de la ley y su relación con la prisión preventiva; dada la trascendencia que tiene en el sistema político y de impartición de justicia abordaremos lo relativo a la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos del 10 de junio del año 2011, que instauró los principios pro persona e interpretación conforme como ejes rectores para toda actividad de autoridad en México.

Así también analizaremos el debido proceso, la seguridad jurídica e impartición de justicia desde la perspectiva de los derechos fundamentales, para pasar al estudio del derecho a la libertad personal y sus causas y modos de restricción contemplados por la normatividad vigente, lo que nos permitirá conocer si en efecto la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley procesal ordenada en el artículo cuarto transitorio vulnera alguno de estos derechos fundamentales de los individuos sujetos a prisión preventiva.

En seguida entraremos al estudio de los conceptos de sistema y orden jurídico, para entender lo relativo a la aplicación de las normas a través del tiempo dada su naturaleza dinámica, para lo que analizaremos el estudio de los principios jurídicos de validez y vigencia de la norma para relacionarlo con el fenómeno normativo que planteamos.

En este capítulo de nuestra investigación abordamos el tema de la supremacía constitucional de manera amplia y no solo como un orden de preferencia, para entender como los principios constitucionales que otorgan derechos a los individuos deben

respetarse aun cuando existan reformas al texto constitucional. En función de la trascendencia que tiene el artículo Cuarto transitorio de la reforma penal del 18 de junio del 2008, pasaremos a estudiar la naturaleza de los artículos transitorios y si existe la posibilidad de reformarlos cuando se contrapongan a principios fundamentales del Estado de derecho.

Así también se estudia la retroactividad de la ley, para conocer la naturaleza de tal institución, así como las principales teorías que explican su correcta aplicación, es decir, que una ley sea interpretada de manera retroactiva sin que ello consista una violación a los derechos fundamentales de la persona. Para fortalecer nuestra investigación haremos un análisis de la retroactividad de la ley de acuerdo a los criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente pasaremos a estudiar lo expuesto por doctrinarios respecto a la retroactividad de la ley para saber si existe posibilidad de excepción a la prohibición de interpretación retroactiva de la ley en materia de medidas cautelares privativas de libertad. Punto en el que deberemos valorar todos los datos desarrollados en la presente investigación a efecto de poner en la balanza los argumentos a favor y en contra de la aplicación retroactiva del artículo 19 constitucional en materia de prisión preventiva oficiosa dentro de los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del sistema acusatorio, a efecto de que los procesados puedan debatir la medida cautelar que les debe ser impuesta.

Por último, se creó un capítulo con la finalidad de estructurar nuestras conclusiones particulares y la conclusión general, así como las propuestas para que los lectores conozcan por ese medio el contenido de esta investigación en una forma sintética, y más importante, se conozca la respuesta a la hipótesis planteada.

Capítulo 1

Génesis de la prisión, la prisión preventiva y su relación con los delitos graves.

1.1. Generalidades.

Este capítulo tiene como objetivo llevarnos de la mano para conocer la génesis de la prisión preventiva como instrumento procesal y su relación con los delitos calificados como graves. Entendemos la palabra génesis como una “serie encadenada de hechos y de causas que conducen a un resultado”;¹ de tal manera realizaremos un estudio histórico progresivo de nuestro objeto de estudio conforme se ha previsto en los sistemas jurídicos que han influido en la creación de nuestro actual sistema de impartición de justicia en materia penal, ello hasta llegar a la más reciente y trascendental reforma constitucional que instauró el sistema acusatorio penal en México.

En principio debemos señalar que la prisión preventiva como institución procesal regulada por la ley apareció en Roma exclusivamente en el fuero militar, sin embargo la prisión siempre ha sido utilizada como instrumento para asegurar la permanencia del justiciable.

Para nuestro estudio nos remontaremos a la antigüedad a las civilizaciones clásicas, es decir, Grecia y Roma y la primera de ellas que normativiza una clara distinción entre delitos menores y delitos graves; mientras que la segunda institucionaliza la prisión preventiva como lo hemos referido. En el mismo orden de ideas, transitaremos a estudiar cómo se reguló la prisión preventiva en la edad media y su influencia en el sistema penal hispanoamericano; así mismo estudiaremos los cambios que esta institución sufrió en el siglo XVIII con el auge de pensamientos políticos y económicos progresistas, y la contradicción del discurso humanista de la época con las condiciones materiales de los reos.

Finalmente elaboraremos un estudio cronológico de las leyes relacionadas con la prisión preventiva en el México independiente, desde la Constitución de Apatzingán hasta

¹ Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Lengua Española, visible en el sitio web de oficial, consultado el ocho de abril del 2017.

<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=g%C3%A9nesis>

llegar a la más reciente reforma constitucional del año 2008, y que entro en vigencia plena en junio 18 del año 2016.

1.2. Civilizaciones clásicas, Grecia y Roma.

A pesar de que nuestro sistema jurídico tiene su fundamento en el sistema penal romano, cabe referir que fue en Grecia donde el sistema de justicia penal acusatorio tiene su origen. El Areópago es quizá el primero, y más antiguo tribunal de Atenas; “se cree que este tribunal nació para juzgar los crímenes menores, y poco a poco fue especializando su competencia hasta que conoció sólo los homicidios premeditados, incendios y todo crimen amenazado con la pena de muerte”;² Solón le concedió la facultad para conocer de “homicidios voluntarios, los realizados con premeditación, los atentados con intención de matar en contra de los atenienses, envenenamiento, los incendios asimilados a homicidio, así como los delitos en materia religiosa...”.³ En este caso podemos observar claramente una diferenciación entre delitos graves y no graves, siendo el caso de competencia de éste Tribunal los más graves por las consecuencias materiales que tienen consigo, así como por el ánimo de dañosidad de su autor.

En la época de Solón y Clístenes se instituyeron acciones de carácter público respecto de delito considerando que éste no solo ofende al afectado o víctima, sino que también afecta la seguridad y tranquilidad de toda la ciudad. Ilícitos como el homicidio voluntario e involuntario, impiedad, lesiones alevosas, malos tratos, vagancia, hurto, delitos contra el Estado, contra el pueblo, entre otros fueron considerados como gravosos para la sociedad.⁴ A pesar de que no existe una clasificación expresa de delitos graves y delitos no graves, factores como la competencia especializada del tribunal y la naturaleza de la persecución de conductas delictivas son el antecedente de la clasificación de delitos graves y no graves.

² HERMOSO, Larragoiti, Héctor Arturo. *Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio en México*, 2ª edición, México 2013, Suprema Corte de Justicia de la Nación P.32.

³ *Ibidem*, P.38.

⁴ *Ibidem*, P.50.

Así en esta orden de ideas, en Roma, las funciones del Estado fueron depositadas en el Rey, quien ejercía su facultad jurisdiccional directamente o delegarla en Magistrados, quienes resolvían los asuntos planteados con facultades irrestrictas; por su parte “El Rey actuaría como Juez supremo en el castigo de los crímenes públicos no dejados a la acción de la venganza privada”;⁵ de ello Eugene Petit nos refiere que los delitos privados eran aquellos que afectaban directamente a la persona o a su patrimonio sin afectar directamente el orden público y cuyo castigo eran los azotes, la esclavitud y en algunos casos una pena pecuniaria. En lo que respecta a los delitos públicos estos eran los que “atacaban directa o indirectamente al orden público, o a la organización política, o a la seguridad del Estado”.⁶

Así pues, al igual que en Grecia existía una división entre delitos públicos y delitos privados; las acciones correspondientes a los primeros podían ser ejercitadas por cualquier ciudadano o algún Magistrado dotado de *imperium* en su carácter de representante del pueblo, dando lugar al *iudicium publicum*; por su parte las acciones privadas fueron reservadas para los ilícitos de injurias o para las acciones de adulterio, y solo podían ser ejercitadas por el agraviado o su representante o sustituto, dando origen al *iudicium privatum*.

Para ello la prisión preventiva como ya lo hemos señalado con antelación, tuvo su origen como medida disciplinaria excepcional en el fuero militar, está era denominada *prensio*, y estuvo caracterizada por ser provisional, pero que podría durar permanentemente;⁷ lo anterior no implica que se considerara a la prisión preventiva en sí una pena producto de una sentencia, sino que era fijada por el Magistrado indeterminadamente, cuya prolongación excesiva aunada a las ínfimas condiciones de vida generalmente provocaba la muerte del reo.

⁵ CASTILLEJO Y Duarte, José, *Historia del Derecho Romano*, edición facsimilar, España, Dykinson, S.L.I, 2004, P. 274.

⁶ PETIT, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, traducido por Fernández González, José, 21° edición, México 2005, Editorial Porrúa, Pp. 445 y 446.

⁷ MAIER, B. Julio, *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, 2ª edición., Argentina 2004, Editorial del Puerto, P. 275.

En la época de la república romana el sistema de impartición de justicia continuó de acuerdo a los principios del sistema acusatorio heredado de Grecia y de la Monarquía Romana; el delito era entendido como un atentado a las condiciones mínimas de coexistencia de la comunidad; el procedimiento iniciaba cuando el acusador promovía la acción; se admitía que el acusado fuera asistido por un defensor; la carga de la prueba recaía sobre el actor; y respecto a la prisión preventiva, ésta solamente era oficiosa cuando el activo confesaba su crimen, pues de lo contrario su libertad siempre podía ser caucionada; incluso “los pretores carecían del derecho de arrestar de manera provisional ya que los procesados por homicidio estaban siempre en libertad. A partir de la Ley Julia de vi, por prescripción legal, los ciudadanos estaban libres, porque en ningún caso era necesario la constitución de fianza”.⁸

Durante el Imperio Romano “el Emperador se atribuyó originariamente competencia jurisdiccional sobre hechos graves, juzgando solamente, o rodeado de su consejo (*sacrum consistorium*) o tribunal áulico, constituido por senadores, juristas y jefes militares; sin embargo, el aumento creciente del número de asuntos por juzgar hizo necesaria la delegación de funciones a tribunales inferiores”;⁹ lo que en principio funda las bases del procedimiento inquisitivo recogido y conservado por el derecho canónico impuesto durante la edad media, y que encontró su máxima expresión en las monarquías de la Europa continental.

En este tenor, la prisión preventiva fue planteada en el Digesto dictado por el Emperador Justiniano el que estableció que respecto a “los atados y prisioneros de guerra el fin principal de las vinculas o cárceles era validar y prolongar la detención hasta el cumplimiento de la condena impuesta”,¹⁰ sin embargo en el mismo sitio se ejecutaban algunas de las penas impuestas, por lo que se trataba más de un lugar de custodia que un

⁸ URIBE, Benítez, Óscar, *La Prisión Preventiva en el proceso penal acusatorio y oral de México*, México 2009, Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de la Cámara de Diputados, P. 14.

⁹ HERMOSO Larragoiti, Héctor Arturo, Op cit., Pp. 80 - 81.

¹⁰ HERMOSO Larragoiti, Héctor Arturo, Op cit., P. 82.

lugar de castigo”.¹¹ Más la prisión fue tomada excepcionalmente como medida de castigo en caso de informalidad de pago de multas o impuestos.

1.3. El Derecho Germano.

Se denomina *derecho germánico* al conjunto de normas por las que se regían los pueblos germánicos que invadieron el Imperio Romano de Occidente. No poseían un código legislativo, por lo que se regían bajo el derecho consuetudinario, similar a lo referido por el maestro Luis Jiménez de Asúa en su obra *Tratado de Derecho Penal*¹², como venganza divina y venganza de sangre, sin embargo tras el contacto con la cultura romana, surgieron algunos códigos de leyes promulgados por los reyes, como es el caso del Código de Eurico.¹³

El también particularmente inusitado pueblo germano era caracterizado por ser extremadamente beligerante, por lo que la paz¹⁴ era considerada una necesidad de gran valor tanto para los individuos como para los grupos; en tal sentido el delito “era considerado como un quebranto a la paz de la comunidad, por lo que para estos grupos el que trastorna la paz pierde la paz, trayendo como consecuencia la pérdida de la personalidad jurídica, así como la pérdida de reconocimiento y la protección de su grupo o familia, autorizando a la víctima en algunos delitos o a cualquier ciudadano al dar muerte al delincuente”.¹⁵

¹¹ URIBE Benítez, Óscar, Op cit., Pp.15 - 16.

¹² JIMÉNEZ de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 4º edición, Buenos Aires, 1977, Editorial Losada S. A, Tomo I., P.282.

¹³ BERNAL Gómez, Beatriz, *Historia del Derecho*, Nostra Ediciones en participación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 4 de agosto del 2015.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3263/7.pdf>

¹⁴ Del lat. pax, pacis. 1. f. Situación en la que no existe lucha armada en un país o entre países. 2. f. Relación de armonía entre las personas, sin enfrentamientos ni conflictos. 3. f. Acuerdo alcanzado entre las naciones por el que se pone fin a una guerra 4. f. Ausencia de ruido o ajeteo en un lugar o en un momento. 5. f. Estado de quien no está perturbado por ningún conflicto o inquietud. Disfrutar de una paz profunda.

¹⁵ HERMOSO, Larragoiti Hector Arturo, Op cit., P.89.

Luis Jiménez de Asúa refiere que la violación de la norma representa la privación de la paz, que según se trate de delitos públicos o privados, es ruptura pública o ruptura privada de la paz; en el primero de los casos “el culpable podía ser muerto por cualquiera, y si la muerte advenía de parte de la potestad pública tenía carácter de venganza divina... por el contrario, en los delitos privados existió la *Faida*, es decir, un estado de *inimicitiate*, no solo en contra del ofensor, sino en contra de su parentela lo cual constituye una venganza de sangre por intereses privados y se ejecutaba por la familia del ofendido”.¹⁶

En este tenor encontramos que el concepto de administración de justicia en materia penal se basaba en el principio de venganza privada por parte de la víctima u ofendido, motivo por el cual la “administración de justicia” en muchos casos tenía como consecuencia combates o guerras entre familias; ante tal situación se instauró la figura de la composición, consistente en un “contrato reparatorio con la familia de la víctima, así como por medio del pago del precio por la paz de la comunidad, el acusado podía evitar perder su personalidad jurídica y la protección de la comunidad, estableciéndose una paz acordada”.¹⁷ En cambio, “los crímenes más graves no eran susceptibles de la expiación, ya que la pérdida de la protección comunitaria y de la personalidad jurídica en la absoluta y definitiva y él quedaba a merced de la venganza y persecución de cualquiera de los integrantes de la comunidad”.¹⁸

Así encontramos que en el antiguo derecho germano las acusaciones capitales eran resueltas por una asamblea designada por aprobación popular, “y que le parecía justa, sacudiendo todos sus jabalinas o picas o bien la desaprobaban sin otra señal que el murmullo. En las mismas juntas se elegían principies y gefes (sic) que asistidos cada uno de siguen consejeros sacados de la plebe administraron justicia en los aduares y alquerías no puede tener lugar sino en la infancia y sencillez de aquellos pueblos que guerreros y sólo

¹⁶ JIMÉNEZ de Asúa, Luis, Op. Cit., P.286.

¹⁷ HERMOSO Larragoiti, Héctor Arturo, Op. cit., P.90.

¹⁸ MAIER, B. Julio, Op. cit., P. 265.

para castigar a los traidores, a los tráfugas y a los cobardes, que eran los únicos que incurrían en la pena de muerte...”.¹⁹

Por lo tanto se puede observar que a pesar de tener un rudimentario sistema de administración de justicia, existía una clasificación entre ilícitos graves y no graves, radicando la diferencia en que en los segundos no había posibilidad de evitar la sanción en función del daño provocado al pasivo del delito. La distinción del delito versaba respecto a la flagrancia, pues existía este elemento “el acusado era llevado por la parte interesada al Tribunal, ante el cual exponía los hechos, pidiendo el castigo consiguiente; la voz pública bastaba entonces pronunciándose la condenación que era irrevocable. Cuando el delito no era flagrante, y se llevaba la acusación ante el Tribunal, el arresto o la detención no tenía lugar nunca; pero se citaba al acusado repetidas ocasiones; sino obedecía a la última citación, incurrirá en una pena pecuniaria”.²⁰

1.4. La Edad Media.

Da inicio la llamada edad media con la caída del Gran Imperio Romano de Occidente en el año 476, y concluye con la caída del Imperio de Oriente en 1453. En esta época se presenta una transformación de los valores procesales del Derecho Germano, con la adopción paulatina de las formas procesales propias del Imperio Romano, así como por la influencia del Derecho Canónico y su expansión a la justicia secular hasta su consolidación con el Estado monárquico absolutista; dando origen a lo que hoy conocemos como proceso inquisitivo. El procedimiento inquisitorio medieval se apoyó en el sistema inquisitorio romano y la *inquisitio* canónica.

Así encontramos que el sistema de administración de justicia romano-canónico se extendió en el territorio europeo, dando origen al sistema jurídico sustentado durante el período de la Monarquía Absoluta europea situada entre los siglos XV y XVIII; durante ésta época el delito fue considerado como un daño a la sociedad, por lo que cualquiera

¹⁹ ESCRICHE, “*Variedades de Jurisprudencia o Colección de diversas piezas útiles para la ilustración del Derecho*”. 1850-1855, México, Imprenta T.M. Lara, edición facsimilar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, P.122.

²⁰ HERMOSO, Larragoiti, Héctor Arturo, Op. cit., P.91.

podía ser acusador, en atención a que actuaba en defensa de los intereses de la sociedad, pero un acuerdo entre las partes o el desistimiento del acusador no impedía que el juzgador continuará con las investigaciones correspondientes, pudiendo requerir y hacer comparecer a los testigos.

En suma tales características nos otorgan un panorama acerca de la administración y procuración de justicia en esta época, caracterizada por la represión eclesiástica y por un endurecimiento en las sanciones por delitos principalmente en contra de la ortodoxia católica, así como en contra de la voluntad del señor feudal; por lo que “la concepción de la pena se transforma a partir de las doctrinas cristianas, en función de que dejan de ser un asunto de venganza privada o pública, para convertirse en un mecanismo de expiación con Dios”.²¹

Así también encontramos que los delitos se clasificaron en tres órdenes: *delicta eclesiástica*, que eran los que ofendían al derecho divino; *delicta mere secularia*, que lesionaban tan sólo el orden humano y, *delicta mixta* que tanto violaban una como otra esfera.²² El Santo Oficio tuvo jurisdicción para conocer de los delitos de fe, de entre los que destacan: la blasfemia, consistente en -decir cosas contra la fe de Cristo-; la hechicería y adivinación; la idolatría, consistente en la celebración de cultos, sacrificios, cantos y demás invocaciones al diablo, entre otros.

Ejemplo de ello es el *Malleus maleficarum*, conocido como el Martillo de las brujas y que proveía consejos para obtener la confesión del reo, tales como “la presión psicológica; la variación de conducta del juez; el ofrecerle perdón aun cuando esto no se pueda cumplir; infiltrar testigos que lleven al reo a confesar; e interrogar de varias veces durante largos periodos de tiempo para provocar la contradicción en las respuestas y estar en posibilidad de aplicar el tormento”,²³ también podemos observar que “en esta etapa la Iglesia, a través del derecho penal canónico, orienta sus sanciones hacia la reflexión y el

²¹ JIMÉNEZ de Asúa, Op. cit., P.290.

²² Ibidem, P.296.

²³ HERMOSO, Larragoiti, Héctor Arturo, Op. cit., P.146.

arrepentimiento, el acercamiento a la divinidad, aunque sin prescindir de la expiación y el castigo y desde luego, del extremo rigor”.²⁴

La potestad jurisdiccional recaía en un grupo de Jueces quienes administraban y procuraban justicia en nombre del Rey; paulatinamente este sistema fue sustituido para otorgar una mayor seguridad jurídica estableciendo un sistema de competencias que tenían su origen en el propio Monarca. La acusación de oficio fue reafirmada “como mecanismo de fortalecimiento del poder real para la conservación de la paz y la cohesión social”,²⁵ otorgando facultades persecutorias especiales a los funcionarios competentes, para realizar investigaciones a partir de la presunción de conductas sin que existiese denuncia o acusación previa.

Así pues encontramos que este sistema perduró y se extendió hasta finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, con el surgimiento de la filosofía humanista nacida en la cultura occidental, que tuvo como punto más representativo el estallamiento de la Revolución Francesa en 1789. Así consideramos que el Derecho Penal Canónico ha sido justamente criticado por su método de excesiva dureza en el sistema usado para obtener la confesión de los acusados; sin embargo debemos reconocer que al menos en sus preceptos escritos contribuyó a robustecer la justicia pública, afirmando que la persecución del delito es deber de quienes detentan el poder público.

1.5. La Ilustración.

Hay que entender que este periodo tiene su origen en la idea humanista planteada por René Descartes, cuya obra publicada con más de un siglo de antelación a la Revolución Francesa (El discurso del método 1637),²⁶ en el que plantea que el conocimiento debe partir de la duda o negación de todo lo que conocemos, lo que implica que todas las ideas surgen del

²⁴ MENDOZA Bremauntz, Emma. *Derecho Penitenciario*, México 1998, McGraw-Hill, p.61.

²⁵ HERMOSO, Larragoiti, Héctor Arturo, Op. cit., P.157.

²⁶ El Discurso del método (Discours de la méthode en francés), cuyo título completo es Discurso del método para conducir bien la propia razón y buscar la verdad en las ciencias (Discours de la méthode pour bien conduire sa raison, et chercher la vérité dans les sciences). Publicado de forma anónima en Leiden (Holanda) en el año 1637.

sujeto mismo, negando la idea de la divinidad y del supuesto derecho divino de los gobernantes para ejercer el poder político.

Es en el siglo XVIII a partir de la generación y difusión de conocimientos formulados para replantear las bases del ejercicio del poder político y de la conformación del Estado, en el que el individuo pasa de ser un simple instrumento para volverse un fin en sí mismo, y mediante el cual el poder represivo de las clases dominantes es cuestionado en sus raíces mismas, lo que a la postre tuvo como consecuencia la caída del sistema feudal y dio origen al sistema liberal dominado por la burguesía como nueva clase dominante.

Personajes como Montesquieu, Beccaria y Voltaire entre otros, fueron los ideólogos que más duramente cuestionaron el sistema de justicia penal, fundado en principios contradictorios a los de un gobierno democrático. Como consecuencia de la pérdida del poder político por parte de la Monarquía, en el año de 1789 se decreta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que en materia penal recogía principios como los de un juicio por jurados, la libertad de defensa, la abolición de la tortura, la publicidad y la oralidad en el juicio, y el principio de acusación pública según el proceso inglés, en el que la acusación era formulada por un representante social denominado Ministerio Público o Fiscal.

No podemos dejar pasar desapercibido lo previsto por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, que en su artículo noveno trata de la presunción de inocencia y prisión preventiva, estableciendo que “Toda persona, siendo presumida inocente hasta que sea declarada culpable, si se juzga indispensable su detención, la ley debe de reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para el aseguramiento de su persona”,²⁷ con lo que se buscó limitar el uso excesivo y tortuoso de dicha institución a favor de los derechos de los imputados.

²⁷ Asamblea Nacional Constituyente Francesa, *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 12 de julio del 2015.

En el ámbito jurídico acerca del delito grave y su evolución histórica, en el mes de septiembre de 1791 la Asamblea Constituyente emitió una ley procesal penal que derogó al Sistema Penal Inquisitivo de Francia, “que estableció los juicios por jurados, no para materias civiles, sino sólo para las criminales, y no para todos los delitos, sino exclusivamente para los crímenes que fuesen castigados por la ley con penas aflictivas e infamantes...”,²⁸ estableciendo una diferenciación entre delitos de mayor y menor trascendencia social, o de mayor o menor impacto según el caso.

En este orden de ideas encontramos que en la primera etapa del procedimiento, el juez actuaba de oficio en tratándose de delitos en flagrancia, o en caso de homicidio; de lo que se desprende que los acusados por la comisión de éste ilícito y debido a su trascendencia eran perseguidos con especial énfasis por parte de la autoridad jurisdiccional. Igualmente los delitos relacionados a la traición al sistema en apoyo a las contrarreformas propagadas por miembros de la nobleza francesa e incluso de otros países, especialmente de Austria.

En la Francia posrevolucionaria y con la llegada de Napoleón Bonaparte al poder, se decreta el Código de Instrucción Criminal de 1808, con el que se origina el llamado procedimiento Mixto, “que en su fase investigativa conservaba características de secrecía, escrita y dominada por la acusación pública; mientras que durante el desarrollo del juicio penal, fue oral, público, con preponderancia del principio de presunción de inocencia. Este sistema fue paulatinamente adoptado por el resto de países europeos (Austria en 1873, Alemania 1877, España 1882, Noruega 1887 y Hungría en 1896)”.²⁹

En el sistema penitenciario para la imposición de sanciones estuvo graduado de acuerdo al estatus social del ofensor y la víctima; lo que a su vez generó la creación de un sistema represivo a través de castigos corporales. “La incapacidad de los malhechores de las clases bajas para pagar las multas en dinero permitió la sustitución a los castigos

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>.

²⁸ ESCRICHE, Op. cit., P.169.

²⁹ MAIER, B. Julio, Op. cit., P.188.

corporales en su lugar”.³⁰ Así se evidencia el claro interés económico en la impartición de justicia y en la ideología del castigo.

1.6. La Colonia.

Continuando nuestro estudio histórico encontramos que durante la dominación española en América existió una dualidad muy marcada en el sistema jurídico, pues por una parte habían leyes extremadamente represoras cuya finalidad fue la de imponer un nuevo orden social; mientras que por otro lado existieron leyes benéficas con la intención de convencer a los conquistados acerca de los principios de la nueva religión. El ordenamiento jurídico que prevaleció fueron las Leyes de las Indias; sin embargo como lo afirma el jurista Raúl Carrancá, para todo aquello que no estuviese contemplado por ésta recopilación o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas, aplicarían supletoriamente las leyes del Reino de Castilla conforme a las de Leyes de Toro.

En este tenor se encuentra que la Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias se compone de nueve libros; y las principales cuestiones carcelarias se encontraban el Título VI del libro VII denominado “De las cárceles y los carcelarios” comprendido por veinticuatro leyes; la primera intitulada “Que en las Ciudades, Villas, y Lugares se hagan Cárceles”, y que constituye primer mandato para la erección de cárceles en nuestro país.

En este orden de ideas, podemos hablar de una cualificación de delitos de acuerdo a su gravedad, pues el Título VIII intitulado “De los delitos, y penas”, ordena la oficiosidad de la acción persecutoria, haciendo énfasis a los “blasfemos” entendidos como aquellos que juran el nombre de Dios en vano, así como a los testigos falsos y adúlteros; con lo que se pretende otorgar una mayor protección a bienes jurídicos como la fe católica, la veracidad en los proceso judiciales y la práctica de la monogamia, de la que se derivan implicaciones patrimoniales y de poder político.

No esta por demás el señalar que dentro de este ordenamiento no se hace referencia expresa a algún tipo de arresto o prisión preventiva; sin embargo se legitima la práctica de

³⁰ BARRITA López, Fernando A., *Prisión preventiva y ciencias penales (enfoque interdisciplinario)*, 3° edición, Editorial Porrúa, México 1999., P. 31.

retener al acusado dentro de la cárcel cuando era aprehendido en flagrancia; existió la figura de supletoriedad de leyes y es dentro de las Siete Partidas que se instituye oficialmente la prisión preventiva “para guardar los presos tan solamente en ellas, fasta (sic) que sean juzgados”.³¹ En este punto histórico, por las condiciones sociales y políticas comienza a ser conveniente para el clero y potentados que se retenga al reo ante el temor de que evadiera de la acción persecutoria en su contra; en este sentido “El Santo Oficio tenía cárcel perpetua o misericordia, en la que permanecían los que eran condenados a ella”.³²

Así también encontramos que durante la lucha de la guerra de independencia, el ordenamiento jurídico aplicable fue la Constitución expedida por las Cortes de Cádiz de 1812; esta constitución fue eminentemente de orden liberal y estableció a los Tribunales como las únicas autoridades facultadas para impartir justicia en materia civil y en materia criminal. En materia penal este cuerpo normativo estableció principios a favor de la seguridad jurídica del ciudadano que concordaba con la orientación humanitaria de la época; la brevedad de la duración del proceso penal fue uno de ellos, así como la emisión de un auto motivado para efectos de que el arrestado fuera puesto en libertad o permaneciera en calidad de preso, al igual que la prohibición para detener a una persona cuyo delito de acuerdo con la ley pudiese admitir fianza.

Uno más de los ordenamientos que fue representativo del corte liberal de esta Constitución fue el dictado el 23 de febrero de 1813, en el que se declara que la Santa Inquisición era incompatible con la Constitución, por lo que se ordenó la abolición de esta institución eclesiástica, lo que dio final al periodo de dominación del poder punitivo legítimo en manos del clero (al menos de manera oficial), dando origen a la implementación de ideas progresistas en la legislación aplicable en nuestro país.

1.7. El proceso penal en el México independiente.

Aquí analizaremos las legislaciones vigentes en México como nación independiente de la corona española; es importante remarcar que si bien en tal momento ya éramos

³¹ Ibidem, P.142.

³² URIBE Benítez, Oscar, Op. cit., P.17.

considerados como un Estado soberano, durante las primeras décadas de independencia las normas españolas continuaron rigiendo la vida pública del país.

Resulta trascendente para nuestro objeto de estudio hacer un análisis pormenorizado de las transformaciones legales de la prisión preventiva y su relación con los delitos graves.

1.7.1. Constitución de Apatzingán.

Durante la lucha de independencia, por el Congreso de Chilpancingo se promulgó el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana el 22 de octubre de 1814. Respecto a la prisión preventiva, la también llamada Constitución de Apatzingán en su diverso 21 ordenaba que solo las leyes determinarían las causas para que un hombre pudiera ser acusado, preso o detenido; mientras que el artículo 22 señala “Debe reprimir la ley todo rigor que no se contraiga precisamente a asegurar las personas de los acusados”,³³ lo que implica un nuevo intento para frenar los abusos por parte del poder punitivo estatal, máxime que durante su vigencia y debido a la lucha armada, el proceso penal se vio endurecido sobre todo en acusaciones por rebelión, traición a la corona y demás relativos.

Con base en lo anterior encontramos que la falta de unión y estabilidad en la política nacional propició una legislación confusa y difícil de interpretar que en muchos casos se convirtió un instrumento de persecución y sanción a los grupos rivales. Ricardo Rodríguez cita a Rodríguez de San Miguel al afirmar que durante este periodo nuestra jurisprudencia criminal “es una mezcla informe y monstruosa, compuesta de ideas serviles y liberales, de principios retrógrados y de progreso, de máximas absurdas e inadmisibles, y de otras recibidas de países cultos y civilizados Basta con saber, que hoy, por la falta de un Código análogo a nuestra situación, casi toda la jurisprudencia criminal se encuentra a merced de los Jueces; la graduación de las pruebas; la imposición de las penas y aun la misma tramitación”.³⁴

³³ Constitución de Apatzingán, visible en el sitio web de la Cámara de Diputados, consultada el 14 de marzo de 2014.

http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const-apat.pdf

³⁴ RODRÍGUEZ de San Miguel, Juan N, *Juicios Criminales*, edición facsimilar, México, 1978, Universidad Nacional Autónoma de México, parte IV, P.415.

Consecuentemente la relación entre los sujetos procesales fue difícil de apreciar en el ámbito normativo, en ese sentido el sistema penal con su herramienta más aflictiva que es la prisión, fue utilizado como medio para perseguir y sancionar a los enemigos o adversarios políticos.

1.7.2. Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822.

Las diversas manifestaciones de las normas jurídicas, darían respuesta a diversas inquietudes, por lo tanto en nuestra investigación encontramos que el reglamento que en el subtítulo se señala en su artículo 11 prevé el principio de legalidad, así como el de no retroactividad de la ley en perjuicio del reo.³⁵ Respecto a la prisión preventiva, el apartado 7 del artículo 31 ordenaba como autoridad exclusiva de los ministros decretar la privación de la libertad, salvo casos de mayor gravedad o por seguridad del Estado.³⁶ De ese modo se ordena que la autoridad competente para ordenar la detención de una persona es la judicial, sin embargo en situaciones extraordinarias sería la autoridad administrativa quien podrá determinar la privación de la libertad.

El numeral 72 contiene el principio de prisión preventiva solo por delito que merezca pena privativa de libertad, así como la carga de la prueba para el “quejoso” o parte acusadora.³⁷ Respecto de la orden de arresto, éste siempre debe preceder a la denuncia, y siempre que se cumpliera el requisito de denuncia previa o *notitia criminallis*; así mismo se requiere que exista medio de prueba al menos indiciario o un alto nivel de sospecha, o que exista sospecha de que el acusado pretenda evadirse de la acción de la justicia. Este artículo insta en su última parte el principio de detención universal en caso de flagrancia.

Así también encontramos que otro artículo que insta un beneficio universal es el 74 de dicho Reglamento, pues establece la figura de prohibición de orden de arresto en los

³⁵ TENA Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2002*, 23ª edición, México 2002, Editorial Porrúa, P.127.

³⁶ Ibidem P.133.

³⁷ Ibidem P. 139.

casos en que el delito cometido admita fianza; así mismo ordena la posibilidad de libertad bajo caución con fianza en cualquier momento del procedimiento.³⁸

1.7.3. Constitución de 1824.

Así pues en nuestra génesis histórica encontramos que el 17 de junio de 1823 se integra un nuevo congreso constituyente, que se encargó de promulgar la primera Constitución mexicana el día 14 de octubre de 1824. Esta fue la primera constitución de corte federalista, dentro de la cual se incluían disposiciones respecto al sistema de administración de justicia, mismo que incluía disposiciones obligatorias para todos los Estados y territorios de la Federación.

En su Título V, sección séptima denominada -Reglas generales a que se sujetarán todos los Estados y territorios de la Federación la administración de justicia-, contempla los principios prohibición de tortura o tormentos, de confiscación, de irretroactividad y legalidad en materia penal; en cuanto a la prisión y prisión preventiva, se facultó al Ejecutivo para llevar a cabo arresto cuando “lo exigiera el bien y seguridad de la federación”.³⁹

1.7.4. Bando con prevenciones dirigidas a expeditar la administración de justicia en el Distrito y Territorios.

Durante la vigencia de la constitución de 1824, fueron emitidas como lo es el bando en cita impulsado por Antonio López de Santa Anna. En este cuerpo de leyes complementario se implementa un procedimiento completamente distinto para ilícitos considerados levísimos y leves, de entre los primeros estaban comprendidos “palabras y faltas livianas que no merezcan otra pena que alguna advertencia, represión o corrección ligera”,⁴⁰ cuyo procedimiento carecería de mayor formalidad que asentar la determinación tomada en un libro especial que debería ser firmado por el Juez y el escribano; mientras que por falta leve se consideraba robos simples cuyo valor no rebasara de los 100 pesos, riñas, portación de

³⁸ Ídem.

³⁹ URIBE Benítez, Óscar, Op. cit., P.19.

⁴⁰ Ibidem, P. 158.

armas, heridas leves o graves por accidente, y cuyo proceso en primer término debía ser resuelto en un término no mayor a quince días, reconocía la figura de apelación y tenía como sanción máxima la prisión de seis meses, servicio en la cárcel u obras públicas.

En su exposición de motivos se expone que nace a raíz de los Jueces tienen a su cargo más de 100 procesos penales, y que la duración de éste trámite en muchas ocasiones lesionaba los intereses jurídicos de inocentes o delincuentes “menos culpados, y de la vindicta pública por la mayor demora, y que por la atención y tiempo que se invierte en la formulación de sumarias por delitos leves, podría aprovecharse muy útilmente en la averiguación de los delitos graves, la que por lo común es urgente y del momento”.⁴¹

De acuerdo con el mismo cuerpo normativo se desprende, ésta implementación consistente en la creación de diversos procesos conforme a la gravedad del ilícito, ello con la finalidad de ventilar los menos graves de manera inmediata y cuasi inmediata para en primer término no violentar los derechos de inocentes o de los delincuentes culposos o menos dañinos; y en segundo, “abocarse en los asuntos de mayor importancia y que los delitos leves no entorpecieran el trabajo del Estado en la resolución de los delitos graves”.⁴²

1.7.5. Ley sobre el modo de juzgar a los ladrones, homicidas y sus cómplices.

Con parecida orientación a lo anterior, fue promulgada el 29 de octubre de 1835, este nuevo ordenamiento en su artículo primero establecía “Por ahora, y entre tanto se arregla la administración de justicia, serán juzgados en toda la República militarmente en consejo de guerra ordinario, cualesquiera ladrones, homicidas y todos sus cómplices de cualquier clase, ya sean aprendidos por la jurisdicción militar, ya por la fuerza armada o por la policía”.⁴³

⁴¹ Exposición de motivos del Bando con prevenciones dirigidas a expeditar la administración de justicia en el Distrito y Territorios, según - Hermoso, Larragoiti, Héctor Arturo. *Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio en México*, 2ª edición, México 2013, Suprema Corte de Justicia de la Nación, P.297.

⁴² HERMOSO Larragoiti, Op. cit., P.299.

⁴³ Ibidem, P. 305.

Como podemos observar con ésta reforma se pretendió controlar los ilícitos que más se presentaban sobre todo en los caminos con los asaltantes de caravanas comerciales, considerando éstos como los ilícitos de mayor repercusión y de mayor gravedad. Posteriormente esta medida fue reformada para darle facultades a los órganos jurisdiccionales del fuero común para conocer de tales ilícitos cuando los activos hubiesen sido detenidos por autoridades ordinarias.

1.7.6. Siete Leyes Constitucionales de 1836.

Este conglomerado normativo es conocido con tal nombre aunque la Constitución fue jurada el primero de enero de 1837, y que ha sido duramente criticada por la creación del Supremo Poder Conservador que contaba con amplias facultades para revisar e incluso anular los actos de los otros tres Poderes. No obstante en cuanto a formalidades judiciales en materia penal, se agrega el reconocimiento a diversos derechos procesales de los inculcados.

La Primera Ley denominada “Derechos y obligaciones de los mexicanos de la República”, en su artículo 2º contiene una serie de derechos entre los que hay diversos principios relativos a los requisitos mínimos que debía cumplir el mandamiento de privación de la libertad; en su fracción II fijaba el término de tres días en caso de detención por autoridad política para que ésta entregara al inculcado a la autoridad judicial, quien a su vez tenía un término de diez días para dictar en su caso auto de prisión. Como podemos observar, continuaba el intento en nuestra legislación para suprimir los abusos de que eran víctima los sujetos a proceso, pues de cierto modo se limitaba el poder represivo del Estado al imponer términos legales máximos para que la persona estuviese privada de su libertad.

En el caso concreto de la ley Quinta denominada “Del Poder Judicial de la República Mexicana”, en sus artículos 41 al 47 reglamenta lo previsto por el artículo 2 de la primera ley supra citada; dentro de esta reglamentación se incluye la facultad de la autoridad para sancionar al interesado por actos tendientes a obstaculizar o retrasar la investigación, así mismo el diverso 42 autoriza a la autoridad el uso de la fuerza cuando existan indicios de que el presunto responsable pretenda eludir la acción de la justicia. Por su parte el diverso 43 refiere dos elementos necesarios para la procedencia de la prisión, y

que son la existencia de información que presuma que se ha cometido conducta sancionada con pena corporal, y que exista indicio o motivo que indique que determinada persona lo ha cometido.

Ahora bien, es el diverso 46 de la ley en cita, que interpretado en contrario sensu fundamenta la prisión provisional al ordenar:

*Art. 46. Cuando en el progreso de la causa y por sus constancias particulares apareciere que el reo no debe ser castigado con pena corporal, será puesto en libertad en los términos y con las circunstancias que determinará la ley.*⁴⁴

Respecto a la irretroactividad de la ley, la fracción V del propio artículo 2º ordena que el Estado no podrá perseguir ni sancionar ilícitos que no estuviesen previstos por la ley en el momento preciso de su comisión, observando de este modo el principio de legalidad e irretroactividad en contra del reo.⁴⁵

Un punto muy importante es el previsto por la fracción II del artículo 18 de la Ley Cuarta, denominada Organización del Supremo Poder Ejecutivo, que a la letra reza:

*Art 18.- No puede el Poder Ejecutivo...II.- Privar á nadie de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna; pero cuando lo exijan el bien ó la seguridad pública podrá arrestar á los que le fueren sospechosos, debiendo ponerlos á disposición del tribunal ó juez competente á los tres días á más tardar.*⁴⁶

De este modo, podemos observar que las facciones conservadoras que en su momento impusieron las Siete Leyes Constitucionales, en materia penal continuaron con ideas proteccionistas del individuo, pretendiendo frenar la serie de abusos de que los acusados eran víctima durante la sustanciación del proceso penal.

1.7.7. Proyecto de Reforma Constitucional de 1840.⁴⁷

En materia de prisión preventiva, este cuerpo de leyes en el artículo 9 enlista una serie de derechos de los mexicanos, de entre los que se encuentran la prohibición de ser

⁴⁴ TENA Ramírez, Felipe, Op. cit., P.238.

⁴⁵ Ibidem, P. 205.

⁴⁶ Ibidem, P. 228.

⁴⁷ Ibidem, P. 249.

aprehendido o detenido sino por mandato de autoridad competente dictado cuando existan indicios que presuman la comisión de algún ilícito; así mismo excepcionalmente se faculta a cualquier individuo para aprehender al delincuente cuando las circunstancias no den tiempo de recurrir a las autoridades.

Ello implica que se prohíbe la retención de una persona por más de tres días por parte de autoridad política, quien deberá remitirlo a la autoridad judicial para que en el término de ocho días dicte auto motivado que lo declare formalmente preso cuando al menos existiera prueba semiplena que éste ha cometido un delito o bien dejarlo en libertad. Respecto a lo que hoy entendemos como libertad caucional, la fracción V del numeral en cita prevé la figura de la fianza siempre que la calidad del delito o constancias del preso aparezca que no se le puede imponer según la ley pena corporal.⁴⁸

1.7.8. Proyecto de Reforma de 1842.

Ahora bien, subsecuentemente se elaboró un nuevo proyecto de Constitución que destacó por incluir un apartado denominado Garantías Individuales; respecto al tema que nos ocupa, la fracción VI del artículo 7 integró el principio de legalidad, de acuerdo al que no se podría privar a un individuo salvo por orden de autoridad competente, así que su privación de libertad debería llevarse a cabo en lugar especificado por el Juez. Por su parte la fracción VII contempló los requisitos mínimos de probidad para aprehender a un sujeto, fijando un término máximo de 8 días para el libramiento del auto de bien preso.

Las siguientes fracciones del artículo en comento prevén la figura de la fianza; los requisitos para el dictado de auto de bien preso; la facultad de la autoridad política para aprehender sospechosos y el término de 24 horas para ponerlo a disposición del Juez; así como el principio de legalidad en materia de imposición de sanciones pecuniarias o de reclusión. Es importante señalar que la fracción X expresamente prevé que cuando se exceda en los términos y no se dicte el auto respectivo, la privación de libertad se

⁴⁸ Ibidem, Pp. 254 - 255.

considerará arbitraria incurriendo en delito las autoridades responsables y las que dejaren sin castigo dicha violación.⁴⁹

1.7.9. Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843.

Dictadas bajo la presidencia provisional de Antonio López de Santa Anna, que en su artículo 9º referente a los derechos de los habitantes de la República contemplaba los mismos principios a que se refería el Proyecto de Constitución de 1842; sin embargo en el diverso 20 de dicho ordenamiento se agregó como causal para la suspensión de los derechos de los ciudadanos el estar procesado criminalmente desde el auto motivado de prisión.⁵⁰

De tal manera podemos afirmar que desde ese entonces el simple auto de prisión hoy llamado auto de vinculación a proceso, era instrumento suficiente para limitar al punto máximo los derechos civiles y políticos de los sujetos a proceso, lo que desafortunadamente aún ocurre.

1.7.10. Ley sobre el modo de juzgar a los ladrones, homicidas y heridores del 6 de junio de 1848.

En el mismo orden de ideas, encontramos que esta legislación tuvo consecuencias profundas en el modo de entender el proceso penal, el derecho a una pronta y expedita impartición de justicia y la prisión preventiva; en cuya exposición de motivos se afirma que en función del aumento en la población, caminos y su proporcional incremento en el número de malhechores y, “convencido de que este desorden escandaloso emana principalmente de la impunidad”,⁵¹ se decretó este ordenamiento para juzgar y condenar a este tipo de delincuentes, cuyo daño ocasionado era considerado grave dada la vulnerabilidad de las víctimas al momento de sufrir el ataque en sus bienes jurídicos.

Al respecto, en lo que compete al proceso penal, se “hace una definición más clara sobre las hipótesis atenuantes y agravantes del homicidio y de las lesiones; diferencia del el

⁴⁹ Ibidem, P. 308.

⁵⁰ Ibidem, P. 409.

⁵¹ HERMOSO, Larragoiti, Héctor Arturo, Op. cit., P. 309.

robo del hurto y define la vagancia; respecto de los autores del delito, hace la distinción entre el autor material, el cómplice y en encubridor, reprochándoles de manera diferente en cuanto a la clase, como a la cantidad de pena, reservando para los casos más graves la pena capital...”.⁵² En materia de calificación de los delitos, en su artículo 23 restringió la pena capital exclusivamente para los casos de traición a la patria en guerra extranjera, salteador de caminos, incendiario, parricida, homicida con alevosía, premeditación o ventaja, y sobre los delitos del orden militar y piratería.

1.7.11. Constitución Política de la República Mexicana de 1857.

Conservando el desarrollo cronológico, encontramos que el 11 de marzo de 1857 el presidente Ignacio Comonfort promulga la nueva Constitución. Un punto de gran importancia es que la sección I del Título I se denomina “De los derechos del hombre”, comprendiendo un total de 29 artículos en los que se incluyen los hoy llamados derechos fundamentales, y que a través de su artículo 1º el pueblo mexicano “reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente constitución”;⁵³ en ese sentido podemos observar un cambio en la ideología del Estado, adoptando principios humanistas y no meramente constituyentes de los órganos del mismo.

La prohibición de la retroactividad de la ley, estaba prevista en el artículo 14, que interpretado de manera literal no daba muestras de que la retroactividad pudiese operar a favor del reo.

*Art. 14. No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley.*⁵⁴

⁵² *Ibidem*, P.317.

⁵³ TENA Ramírez, Felipe, *Op. cit.*, P. 238.

⁵⁴ JIMÉNEZ de Asúa, Luis, *Op. cit.*, P.1228.

Al respecto, podemos señalar que la prisión estuvo fundamentada al igual que hoy en el numeral 18 constitucional; previniendo que solo habrá lugar a ésta cuando el delito merezca pena corporal, y la posibilidad de libertad bajo caución cuando bajo fianza cuando el ilícito no mereciera pena de prisión; prohibiendo la prolongación de la misma por impago de honorarios o “cualquier otra ministración de dinero”. Por su parte el diverso 19 refiere el término máximo de tres días para dictar el auto de prisión, responsabilizando a las autoridades por cualquier prolongación del término y sancionando a quienes cometiesen abusos o gabelas dentro de los centros penitenciarios.

1.7.12. Código Penal de 1871.

Este ordenamiento entró en vigor el 1° de abril de 1872, estuvo inspirado en el Código Español de 1850. En esta legislación la pena tiene un carácter retributivo, y se continúa aceptando la pena de muerte. Respecto de la prisión preventiva, en su artículo 98 surge la figura de “libertad preparatoria”, “la que con calidad de revocable y con las restricciones que expresan los artículos siguientes, se concede a los reos que por su buena conducta se hacen acreedores a esa gracia”.⁵⁵

En este caso el beneficio es concedido para reclusos que ya estén compurgando una sanción privativa de libertad decretada en sentencia dentro de la causa penal; sin embargo esta medida es una muestra de los intentos realizados para descongestionar las prisiones a nivel nacional.

1.7.13. Código de Procedimientos para el Distrito Federal y Territorio de Baja California.

Normatividad promulgada durante presidencia de Sebastián Lerdo de Tejada, es el primer código procedimental emitido en nuestro país. Este ordenamiento procesal penal modifica la figura del jurado para fortalecerlo y con la finalidad de evitar la contaminación del jurado al mínimo en los procesos. “Durante la vigencia del Código de 1880, el jurado popular conocía de todos los delitos cuya pena excediera de los dos años de prisión, sin tomarse en

⁵⁵ Ibidem, P. 1242.

consideración las circunstancias atenuantes o agravantes que pudieran alterar la pena”. En ese sentido es óbice la distinción entre tipos de delitos, pues por una parte seguían existiendo delitos de mínima gravedad; los delitos sin agravantes e ilícitos graves como el parricidio, lesiones graves por dolo, traición a la patria, entre otros.

1.7.14. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Nuestra cultura jurídica es promulgada el 5 de febrero de 1917, en su exposición de motivos de manifiesta su interés por establecer un verdadero sistema acusatorio especialmente con la reconfiguración de las funciones de las instituciones que participaban en el aparato de justicia; para ello su base fue la Constitución de 1857, la que “señala las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal; pero en la práctica esas garantías han sido enteramente ineficaces, toda vez que, sin violarlas literalmente, al lado de ellas han seguido prácticas verdaderamente inquisitoriales, que dejan por regla general a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de los Jueces y aun de los mismo agentes o escribientes suyos”.⁵⁶

Esta Constitución es el parteaguas para las instituciones y figuras jurídicas vigentes en el sistema de justicia penal. La incorporación del término “formalidades esenciales del procedimiento” con el objeto de aclarar y eliminar los abusos cometidos por los órganos responsables de la administración de justicia pena es de vital importancia, pues se establece un mínimo de requisitos que deberán cumplir las autoridades persecutoria y sancionadora dentro del proceso penal.

Es de vital importancia lo establecido en el artículo 20 de nuestra carta fundamental, respecto al otorgamiento de la libertad bajo fianza “sin quedar ésta sujeta al arbitrio del Juzgador”, siendo este uno de los mayores reclamos de Venustiano Carranza en su exposición de motivos. En este apartado el Constituyente en principio retoma lo establecido en la de 1857, en la que la prisión preventiva solamente procedía en contra de ilícitos que merecieran pena privativa de libertad.

⁵⁶ HERMOSO Larragoiti, Héctor Arturo, Op. cit., P.383.

1.7.15. Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común y del Distrito y Territorios Federales de 1919.

En este ordenamiento se instaura la figura de los Jueces de Paz, Jueces Menores y Jueces de Primera Instancia. Los primeros resolverían acerca de los delitos cuya pena no pasara de los treinta días de arresto o cincuenta pesos de multa; los Jueces menores conocerían de las causas cuya sanción no excediera de los dos meses de arresto y doscientos pesos de multa. Por último, los Jueces de Primera Instancia estaban divididos en Jueces Correlacionales y Jueces de lo Penal. Los Correlacionales conocerían exclusivamente de ilícitos cometidos dentro de la jurisdicción de la Municipalidad de México; mientras que los Jueces de lo Penal conocerían de aquellas causas sobre delitos que no fueran de competencia de Juzgados de Paz, Menores o Correlacionales, por lo que deductivamente entendemos los delitos de mayor dañosidad estarán a cargo de esta autoridad jurisdiccional.

1.7.17. Reformas Constitucionales Del 22 De Noviembre De 1948.

Así encontramos que estas reformas influyeron en la prisión preventiva, reformándose el artículo 20 fracción I constitucional que consagraba la garantía de libertad bajo caución fue reformado, para incluir que para concederla la autoridad debería estar pendiente de las circunstancias personales del imputado, así como a la gravedad del delito.

Por lo que se refiere al criterio de la gravedad del delito, se consideró que la pena contemplada para el delito que se consignara ante el Juez debía ser menor a cinco años, tomando en cuenta el término medio aritmético y no solo de cinco años de prisión como lo contemplaba la constitución originalmente. Con esta medida se amplió el espectro de personas que podían alcanzar este beneficio, pues el término medio aritmético resulta más benigno que la punibilidad establecida en el marco sustantivo penal; sin embargo a ésta disposición escaparon los delitos de robo y fraude.

1.7.18. Reformas Constitucionales Del 3 De Diciembre De 1982.

Estas fueron decretadas por el Presidente Miguel de la Madrid Hurtado bajo la idea de que el marco constitucional resultaba insuficiente para lograr un sistema de administración de justicia eficaz. De entre los diversos artículos reformados, para nuestro campo de estudio

resalta la hecha al artículo 20 constitucional, modificando nuevamente la figura de libertad bajo caución.

Dicha reforma radicó en “incluir en el cargo del medio aritmético de la pena no mayor a cinco años, las modalidades del delito, lo que puede interpretarse como una medida más restrictiva que la anterior tomada por su homólogo Miguel Alemán en 1948, ya que al incluirse las modalidades del delito imputado, las posibilidades de ejercer dicha garantía se limitaban de manera dramática”.⁵⁷

En el mismo orden de ideas agrega un párrafo más al diverso 20 constitucional, mediante el cual modifica el monto de la caución en los casos de que el activo obtuviese un lucro económico, o cuando el pasivo sufriera un daño en su patrimonio; bajo tales circunstancias el monto debería ser por lo menos tres veces mayor al monto obtenido o daño causado.

1.7.19. Reformas Constitucionales del 3 De Septiembre De 1993.

Durante la gestión del Presidente Carlos Salinas de Gortari, se publican las reformas a los artículos, 16,19, 20, 107 fracción XVIII y 19 de la Constitución.⁵⁸ Por un lado la fracción primera del artículo 20 fomentó el ejercicio de la libertad caucional, reduciendo el monto para fijarla a únicamente garantizar el monto estimado de la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse, y “no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio”.⁵⁹

Por otro se establece una congruencia con el artículo 16, sustituyendo el término – medio aritmético- por el concepto de –gravedad-, “dejando a la legislación secundaria determinar cuáles eran los delitos considerados como graves, los cuales no alcanzarían esta garantía el Juzgador debía atender al catálogo de delitos considerados como graves elaborado por el legislador secundario”.⁶⁰ En la reforma anterior se establece uno de los puntos de mayor importancia de esta investigación, pues a partir de ella los legisladores de

⁵⁷ *Ibidem*, P.451.

⁵⁸ TENA Ramírez, Felipe, *Op. cit.*, P.1098.

⁵⁹ *Ibidem*, P.1098.

⁶⁰ *Ídem*.

cada una de las entidades federativas comenzaron a hacer interpretaciones de la gravedad de los ilícitos, generando listados variados y en muchas ocasiones abusivos en los que se contemplaron una gran cantidad de delitos por cuya acusación el inculpado debería permanecer bajo prisión preventiva.

1.7.20. Reformas Constitucionales decretadas durante la Presidencia de Ernesto Zedillo.

A través de ésta se reformó el artículo 20 constitucional, para reformar la garantía de libertad caucional para el efecto de restringirla en los casos en que el inculpado hubiere sido condenado con anterioridad por la comisión de algún delito, enfrentara diverso proceso penal e incluso por circunstancias personales; por lo que el criterio de negar este beneficio al imputado exclusivamente porque se le impute la comisión de un delito grave dejó de ser aplicable, pues ahora se negaría el beneficio aun cuando la conducta que se le impute este clasificada como no grave a solicitud del fiscal cuando se encontraran acreditados los extremos de ley antes mencionados.

1.7.21. Reforma Constitucional del 18 de junio de 2008.

Esta reforma es una de las más importantes ocurrida durante la vigencia de la actual Constitución dada la trascendencia que tiene para el sistema punitivo, pues por medio de ella se instaura el procedimiento acusatorio en nuestro país, obligando a los congresos de las entidades federativas y al Congreso General para crear una legislación procesal penal de tipo acusatorio que estuviera en plena vigencia a más tardar el 18 de junio del año 2016. Sin embargo no debemos olvidar la reforma de fecha 10 de junio del año 2011 en virtud de la que se reforma el Título I, Capítulo I antes denominado “De las Garantías individuales”, para pasar a llamarse “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, misma que tiene una trascendencia en todas la áreas de impartición de justicia en función de la instauración de los principios pro persona e interpretación conforme tal como lo analizaremos posteriormente.

Por medio de la reforma en comento, se modificaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73, la fracción VII del artículo 115 y la

fracción XIII del apartado B del artículo 123 de nuestra Carta Fundamental; en los que se plasman los principios del procedimiento penal acusatorio, y que las legislaciones secundarias deben recoger plenamente.

De entre los muchos cambios al sistema punitivo y en específico al procedimiento penal, y para efecto de nuestra investigación es de vital importancia la reforma del diverso 19 constitucional en su segundo párrafo, en virtud del cual se regula a la prisión preventiva como medida cautelar, estableciendo en principio que es a cargo del Ministerio Público acreditar en audiencia la necesidad de que sea decretada por el Juez; así mismo se enuncian de manera limitativa los delitos por los cuales el Juez de la causa deberá decretarla oficiosamente, eliminando la facultad de los congresos locales para elaborar su propio catálogo de delitos denominados graves y por cuya investigación o enjuiciamiento los imputados sean merecedores de prisión preventiva oficiosa.

En virtud de la importancia de lo que venimos refiriendo, nos atrevemos a citar textualmente el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, a pesar de que lo analizaremos con mayor profundidad más adelante:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud...⁶¹

Tal como se desprende de su literalidad, en el párrafo segundo se encuentra consagrados los puntos a considerar para dictar las medidas cautelares de los imputados a proceso penal, tres de ellos de carácter procesal y uno de ellos de tipo preventivo.

⁶¹ Congreso Constituyente reunido del 10. de diciembre de 1916, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, visible en el sitio web del H. congreso de la Unión, consultado el 14 de enero del 2015.

Igualmente señala como aquellos ilícitos por los cuales el Juez oficiosamente deberá dictar prisión preventiva, dividiéndolos en dos grupos, el primero refiere cinco ilícitos de manera específica, siendo estos: delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas. El segundo grupo de ilícitos son: delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, algunos de ellos previstos en legislaciones secundarias que analizaremos más adelante para conocer específicamente cuales delitos son acreedores de prisión preventiva oficiosa.

Como todos sabemos los esfuerzos conjuntos de las instituciones de seguridad pública, los tribunales de justicia de las entidades federativas, congresos locales y el Congreso de la Unión y demás para unificar el procedimiento penal en toda la República, tuvo como consecuencia que el 5 de marzo del año 2014 se publicara el Código Nacional de Procedimientos Penales, legislación procesal aplicable en los fueros federal y local en todo el país, y con vigencia obligatoria a partir del 18 de junio del 2016.

La legislación procesal penal en comento recoge lo relativo a la prisión preventiva en su artículo 167, retomando los principios constitucionales íntegramente, tal como lo analizaremos en el siguiente capítulo. De tal modo tenemos el hecho de que en materia de prisión preventiva oficiosa nuestra Constitución la regula de manera expresa y la ley secundaria acata casi literalmente lo ordenado por la norma suprema, por lo que no existe lugar a dudas o controversia respecto a la procedencia de tal medida cautelar; lo que es de vital importancia para nuestro tema de estudio y que no debemos dejar de lado en ningún momento.

De lo analizado obtenemos información valiosa para nuestro objeto de estudio, en principio constatar que desde la Grecia antigua ya se diferenciaban los delitos por su gravedad e incluso los medios de enjuiciamiento eran diferentes, hace patente la importancia de que las legislaciones procesales modernas regulen de manera minuciosa el acto jurídico del enjuiciamiento penal por delitos graves. Así mismo, conocer el origen de la prisión preventiva en el derecho romano, así como la herencia de éste en el sistema de enjuiciamiento en el derecho canónico y su impacto en nuestras legislaciones penales, nos

hace percatar el por qué la prisión preventiva es una herramienta procesal tan recurrida por las instituciones involucradas en el procedimiento punitivo.

El rigor con el que se ha legislado lo relativo a la prisión preventiva, y en especial cuando es impuesta de manera oficiosa por el Juez de la causa, es característico de un sistema procesal inquisitivo propicio para abusos e ilegalidades en contra del sujeto a juicio, lo que resulta extremadamente grave pues en el caso se le restringe a la persona en su derecho a la libertad. Precisamente por ello en la reforma procesal penal del año 2008 recoge la Constitución los principios que deben regir esta figura de manera expresa y limitativa en cuanto a los delitos por los que dicha medida cautelar debe dictarse oficiosamente.

Así tenemos, que a pesar de la lentitud en la regulación legislativa de la prisión preventiva como instrumento procesal, actualmente mediante la reforma constitucional que instaaura el procedimiento acusatorio, al menos a nivel normativo el sistema penal está en mejores condiciones para respetar el derecho a la libertad de los imputados, pues el actual sistema de enjuiciamiento obedece a principios penales elementales como el de última ratio y presunción de inocencia entre otros que analizaremos más adelante.

Capítulo 2.

La prisión en México y la prisión como herramienta de control social; la prisión preventiva como instrumento procesal.

Con la mejor intención de comprender el fenómeno de investigación que aquí nos preocupa aquí lo abordaremos de la siguiente manera a saber.

2.1. Consideración general.

En esta parte de nuestra investigación se pretende establecer en función de su extensión, tanto por los temas como por la cantidad de información que existe al respecto. Emprendemos nuestro recorrido por el estudio conceptual de la prisión y de inmediato continuamos con la normatividad que rige al sistema penitenciario en nuestro país, partiendo de los principios constitucionales en la materia, hasta llegar a la recién promulgada Ley de Ejecución Penal que surge en respuesta de adaptar nuestra legislación secundaria a la reforma constitucional penal del 2008, y que a la fecha ya se encuentra siendo empleada desde la entrada en marcha la reforma señalada, y que entro en vigencia plena a partir del 18 de junio del 2016 en nuestro sistema jurídico mexicano.

En el mismo orden de ideas abordaremos el estado actual que guardan los centros de reinserción en el país haciendo especial énfasis en los datos que nos aportan instituciones como el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática y otras dependencias gubernamentales como la Secretaría de Seguridad Pública y la Secretaría de Gobernación, para entender la seriedad del problema en el sistema penitenciario; así mismo analizaremos datos referentes a los índices delictivos en nuestro país y la respuesta del sistema judicial tanto a nivel federal como del fuero común.

En materia de prisión preventiva oficiosa, es menester hacer un estudio de su naturaleza y objeto, su trascendencia en el procedimiento penal; así también realizaremos un estudio de la normatividad que envuelve a la prisión preventiva oficiosa desde el plano constitucional, pasando por la nueva legislación procesal aplicable y el código punitivo federal en cuanto a los delitos por los que procede fijar esta medida sin necesidad de que lo solicite la fiscalía.

En el mismo orden de ideas, estudiaremos los criterios jurisprudenciales emitidos por los Tribunales Federales mexicanos respecto a la naturaleza, objeto y características de la prisión preventiva, para lograr entender si actualmente los principios que rigen a dicha institución son respetados mediante la actividad judicial en nuestro país.

Consecuentemente, pasaremos a estudiar la prisión preventiva desde la perspectiva de la política criminal, partiendo desde un estudio del concepto de tal, así como un leve

estudio de las dos vertientes modernas en el ejercicio punitivo del Estado, y que son el funcionalismo y el garantismo en materia penal. La utilidad de esta medida será analizada bajo el estudio de las consecuencias para la sociedad y las autoridades del uso de esta institución y plantearnos así si encuentran mejores opciones para garantizar el desarrollo del proceso penal, en las que la privación de la libertad de individuos “inocentes” no sea la regla general.

2.2. De la prisión.

Para entrar al estudio de la prisión, debemos partir de los diferentes conceptos de ésta para poder estudiar sus elementos y diferenciarla de la prisión preventiva. El jurista Italiano José Alberto Garrone la define como “la pena consistente en permanecer encerrado en una cárcel”;⁶² definición que es muy simple pues se limita a mencionar el encierro del individuo dentro de un lugar específico. Por su parte el maestro García Ramírez la define como “sede natural de la costumbre: es decir, del arbitrio violento y caprichoso, dentro de una política de simple reducción del condenado como permanente corona de la captura...”;⁶³ crítica bastante fuerte y en virtud de que durante los primeros siglos de su funcionamiento, no existían parámetros a seguir respecto del bienestar de los internos, “... se iniciaba con prisa, cuanto antes, y duraba con frecuencia hasta la evasión o hasta la muerte”.⁶⁴ No obstante según el propio autor la prisión ha tenido un desarrollo ambivalente, pues por una parte se considera humanitaria, “bienhechora”, en tanto que suprime a la pena de muerte.

Por otra parte es una pena vengativa, “malhechora”, en tanto que ha servido para recluir y olvidar a los adversarios del Estado bajo esta premisa, es cuando la criminología torna su interés en buscar alternativas a esta pena inhumana y perniciosa.⁶⁵ En este apartado concordamos con el autor, pues si bien en un principio la pena de prisión tuvo una justificación humanizante de la pena, instaurándola como moneda de cambio universal para

⁶² GARRONE, José Alberto. *Diccionario manual jurídico*, 2ª edición, Buenos Aires 1989, Abeledo - Perrot, tomo I., p.611.

⁶³ GARCÍA Ramírez, Sergio, *Justicia Penal*, 2ª edición, México 1998, Editorial Porrúa, P. 54.

⁶⁴ Ídem. P.614.

⁶⁵ Cfr. GARCÍA Ramírez, Sergio, “*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México, consultado con fecha 8 de junio del 2015.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/95/art/art3.htm>

sancionar crímenes patrimoniales, o que causen daño físico u emocional al agraviado; con el transcurso del tiempo y por intereses políticos y económicos, esta institución fue utilizada para concentrar a los individuos considerados despreciables, donde se les enviaba o bien a morir dadas las condiciones de insalubridad, violencia y abusos, o bien a que fueran olvidados y abandonados.

2.3. Nacimiento de la prisión.

Uno de los mayores postulados del materialismo histórico, es que la historia del desarrollo de las sociedades, no es más que la historia del desarrollo de la producción, ello quiere decir que desde que el hombre logró establecer una estructura grupal lo suficientemente sólida, comenzó a relacionarse de acuerdo al desenvolvimiento de las fuerzas productivas; estas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad que es la base de los sistemas jurídico y político y a la que corresponden formas de conciencia social determinadas.⁶⁶

En ese sentido, el surgimiento y desarrollo de la prisión obedece al sistema de producción vigente en cada momento histórico; así, al obedecer a intereses netamente patrimoniales la prisión como instrumento de producción nace a partir de las grandes migraciones, “la sobrepoblación de las ciudades y la falta de empleos trajeron como consecuencia la vagancia y la mendicidad. Como solución parcial a esta problemática se crean las *casas de trabajo*. Cuando las personas no tenían un trabajo y además habían cometido un delito se les enviaba a las *casas de corrección*. Aquí se inicia la explotación de la fuerza laboral del preso a favor de la burguesía”.⁶⁷ La adopción de la prisión como tuvo dos vertientes en el mundo occidental, pues el desarrollo del sistema en Europa y América fue desigual dadas sus condiciones históricas.

⁶⁶ PACHECO, Máximo, “*La Teoría Marxista del Estado y del Derecho*”, artículo disponible en el sitio web de la Facultad de Derecho de la universidad de Chile, en su revista número 10 de 1970, consultado el 21 de septiembre del 2015.

<http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4231/4121>

⁶⁷ FERNÁNDEZ Arciga, Andrea, “*Origen de la pena de prisión, su orientación criminológica y la pretendida rehabilitación*”, artículo visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 10 de octubre del año 2014, P.330.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3104/19.pdf>

2.4. Normatividad penitenciaria en México.

La función penitenciaria al no estar contemplada en el artículo 73 constitucional que establece las facultades del Congreso General, pasa a cada una de las entidades federativas en el ámbito de su competencia. En atención al principio de supremacía constitucional los congresos locales deben promulgar su legislación en materia de reinserción social siguiendo los términos establecidos por la Constitución Federal que establece los parámetros que deberán observarse para el establecimiento de nuestro sistema penitenciario; asimismo y en función del principio de convencionalidad, la autoridad deberá estar atenta a los lineamientos en materia de derechos civiles contemplados por diversos tratados internacionales en la materia.

El sistema penitenciario es plasmado en normas secundarias que contemplan el nivel organizativo mediante el que se crean, funcionan y mantienen los reclusorios.⁶⁸ Algunas de estas normas tienen carácter de generales, por lo que deben ser observadas en todos los centros de internamiento del país, sin importar que dependan de la administración federal o de los estados; asimismo algunas son dirigidas a centros penitenciarios específicos, por sus características únicas.

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, establece la facultad de la Secretaría de Seguridad Pública para ordenar la construcción y hacerse cargo de la vigilancia de los centros penitenciarios federales, lo que se ve reforzado y especializado en el Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social; la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, es la norma penitenciaria de carácter general por excelencia de nuestro país, lo que implica que cualquier otra norma de la misma materia deberá respetarla pues en ella se ordenan una serie de derechos de los internos, que deben no solo respetarse durante su estancia en el reclusorio, sino que también contiene los parámetros a seguir para lograr la reinserción social del individuo por medio de la educación, la salud, el trabajo y la capacitación para el mismo.

⁶⁸ Cfr. GÓMEZ de la Torre, Ignacio Berdugo, et. al., *Curso de Derecho Penal Parte General*, Barcelona, España, 2004, Ediciones Experiencia, P.564.

El Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, establece bases normativas del sistema penitenciario, así como las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos; en cuanto al tratamiento que deben recibir los internos menores de edad, es establecido en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal; existen ordenamientos que si bien no pertenecen exclusivamente al área penitenciaria, están dirigidos con especial dedicación a ésta en función de las condiciones de vida que acontecen en estos lugares, tal es el caso de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura Esta, Reglamento de la Colonia Penal Federal de Islas Marías.

Desafortunadamente no podemos abordar un estudio de cada una de estas normas dada la extensión y en muchos casos repetición de las mismas, por eso y para no perder el enfoque, abordaremos solo lo contemplado por nuestra Carta Fundamental, en atención al principio de supremacía constitucional, y la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, toda vez que en esta se encuentra contemplada la mejor sistematización de derechos de los internos y parámetros generales del internamiento.

2.4.1. Disposiciones del sistema penitenciario contemplados por la Constitución.

Este apartado se centra en el análisis de lo establecido por el diverso 18 de nuestra Carta Fundamental que instituye la prisión en nuestro país y establece su procedencia; asimismo, en su primer párrafo hace una clara distinción entre la prisión como pena y la prisión como medida cautelar del procedimiento penal. En concordancia con los múltiples tratados internacionales celebrados por México se ordena que el sistema penitenciario debe organizarse bajo estricto respeto a los derechos humanos, dentro de los que se contempla el trabajo, la educación, la salud y el deporte; asimismo, establece que el fin del mismo es la reinserción social del reo que básicamente implica que el sujeto no vuelva a delinquir, finalizando el segundo párrafo ordenando que las mujeres y los hombres en todo momento estarán en lugares separados. El tercer párrafo en concordancia con el artículo 73 también constitucional, ordena que la necesidad de que los tres niveles de gobierno se celebren convenios respecto del traslado de los internos a recintos más cercanos a su domicilio.

A colación con los derechos humanos y el sistema penitenciario, el último párrafo del artículo 18 constitucional prohíbe cualquier tipo de maltrato, tortura, vejación o humillación dentro de los centros penitenciarios, ordenando que las autoridades correspondientes son garantes de la integridad de los reclusos, por lo que tienen la obligación de evitar, detener y en todo caso reprimir cualquier acto de ese tipo. Finalmente el artículo 22 en su primer párrafo prohíbe la pena de muerte, la mutilación, de infamia (entendiendo esta como afectar a

un duro golpe a la honestidad y credibilidad que ostenta un individuo), la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, multas excesivas, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales, y en su última línea instaura el principio de proporcionalidad de las penas.

2.4.2. Ley Nacional de Ejecución Penal.⁶⁹

La Norma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio del año en curso en función de la entrada en vigor del sistema acusatorio penal; en esta ley establece que su objeto es regular las normas que deben observarse en el internamiento de individuos bajo prisión preventiva, ejecución de sentencias y medidas de seguridad impuestas en resolución judicial; su ámbito de aplicación es todo el territorio nacional tanto en materia federal como común. El artículo 4to enumera y describe los principios que deben regir el sistema penitenciario y que son: Dignidad; Igualdad; Legalidad; Debido proceso; Transparencia; Confidencialidad; Publicidad; Proporcionalidad y; Reinserción social.

Es importante señalar que en la parte final del artículo 2º afirma que la ley en estudio se basa en lo afirmado por la Constitución Federal, así como en los tratados internacionales, en materia de derechos humanos, agregando lamentablemente la expresión “Tratándose de personas sujetas a prisión preventiva o sentenciadas por delincuencia

⁶⁹ Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley Nacional de Ejecución Penal*, visible en el sitio web oficial de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, consultado el 18 de abril del 2015.
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP.pdf>

organizada, debe estarse además a las excepciones previstas en la Constitución y en la ley de la materia”. Lo que implica el legislador optó por crear casos de excepción a lo establecido en las normas en las que supuestamente se basa para crear el ordenamiento en estudio; situación que se materializa en el artículo 5to en el que se ordena que los individuos sujetos a proceso y los sentenciados permanecerán separados en el centro de reclusión; agregando en la fracción IV que los internos bajo prisión preventiva y aquellos sentenciados por delito de delincuencia organizadas estarán sujetos a medidas y espacios especiales, en concordancia con la Ley General contra la Delincuencia Organizada.

Es el diverso 37 de la ley en estudio donde se plasman las medidas especiales a que se refieren. Estas medidas comprenden el cambio de sección dentro del reclusorio; vigilancia permanente dentro de todas las áreas del Centro Penitenciario, incluyendo módulos y locutorios; el traslado a otro Centro Penitenciario o a módulos especiales para su observación; la restricción del tránsito en el interior de la cárcel; visitas médicas periódicas; restricción de visitas y comunicaciones a excepción de las comunicaciones con su defensor.

Con la aparición de la figura del Juez de ejecución de Sentencias dentro de la reforma constitucional, la norma en estudio procede en su artículo 25 a enumerar sus facultades, dentro de las que destacan garantizar el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales de los internos reconocidas por la Constitución, los Tratados Internacionales, dentro de los que se encuentra su derecho a defensa dentro del proceso penal; así como que la sentencia condenatoria se ejecute en sus términos; decretar las medidas de seguridad óptimas para los inimputables; resolver lo referente al pago de la reparación del daño; aplicar la ley más favorable a las personas privadas de la libertad, (esto como lo veremos adelante se refiere a la retroactividad de normas materiales en cuanto a la duración de la sentencia definitiva impuesta).

El Capítulo I, Título Tercero denominado “Bases de Organización del Sistema Penitenciario”, en el artículo 72 menciona las bases del sistema penitenciario para lograr la reinserción social, en el que en primer lugar se fija el respeto a los derechos humanos de modo general, puntualizando al trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como actividades indispensables dentro de los centros penitenciarios.

La expresión utilizada por el legislador en esta reciente norma se ajusta mucho mejor a los principios de la pena en comparación con lo que ocurría con la norma, hoy derogada, de la Ley que Establece las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados, que al respecto ordenaba que “el sistema penal se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente”,⁷⁰ lo que constituía un error pues tal norma solo debía enfocarse al sistema penitenciario y no al sistema –penal-.

A continuación la norma en estudio, reglamenta de manera pormenorizada el derecho a la salud, dentro de lo que se contempla el servicio médico dentro de los centros de internamiento, la realización de exámenes médicos de ingreso, las medidas terapéuticas urgentes y la manera en como los centros públicos de salud deberán colaborar con los centros carcelarios; también se contemplan las actividades físicas y deportivas. En materia de educación se reglamenta la posibilidad de obtener grados académicos, así como la gratuidad de la educación hasta el nivel medio superior.

Lo mismo ocurre en cuanto al trabajo y la capacitación para el mismo, para los que se prevé un programa de planificación de capacitación y diferentes tipos de la misma, dependiendo de las características de cada interno; asimismo se contempla al autoempleo, actividades productivas no remuneradas para fines del sistema de reinserción, actividades productivas realizadas a cuenta de terceros, así como a los distintos modos de trabajo dentro de la prisión. Es importante señalar que ahora se prevé un sistema de cuenta para la administración de las ganancias o salarios con motivo del trabajo, lo que se espera que en un futuro favorezca efectivamente a cada uno de los internos.

Finalmente la norma en cita contempla un procedimiento especializado para la resolución de controversias ante la autoridad judicial, así como recursos para impugnar las resoluciones dictadas en ejecución de sentencia. Asimismo se contempla lo relativo a las

⁷⁰ Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados*, visible en el sitio web de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, consultado el 11 de diciembre del 2015. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/201_130614.pdf

sanciones no privativas de libertad y los beneficios como la preliberación o reducción de la pena que pueden alcanzar los internos sentenciados.

En síntesis, la Ley Nacional de Ejecución Penal representa uno de los mayores avances en la implementación de la reforma penal del 2008, pues revoluciona la normatividad en materia penitenciaria, estableciendo procedimientos adecuados para una correcta administración de justicia y en general para que los internos puedan exigir a la autoridad, les brinde condiciones de reclusión que permitan su reinserción social.

Lamentablemente sabemos que la mayoría de los problemas que se presentan en las prisiones no obedece precisamente a que la normatividad penitenciaria anterior (Ley que Establece las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados), fuese contradictoria a los principios de reinserción social y respeto de derechos fundamentales de los internos, pues la problemática carcelaria tiene sus raíces en diversas causas, como la deficiente administración de recursos limitados, la demora del sistema judicial en la resolución de los procesos penales, que a su vez genera hacinamiento por los internos no sentenciados, etcétera.

2.5. La situación del Sistema Penitenciario Mexicano.

Para saber el estado que guardan las prisiones en cuestiones como capacidad, población y en su caso la sobrepoblación carcelaria que se presenta en cada caso, así como el índice de reincidencia criminal como punto de medida del éxito del sistema punitivo. El objeto de esta apartado es demostrar la relación que existe entre los factores penológicos con la aplicación retroactiva de la norma penal en materia de prisión preventiva oficiosa; y si la aplicación retroactiva de la ley procesal tendría beneficios para el sistema carcelario. Tenemos que conocer cuántos centros de internamiento hay en México, como se clasifican y su distribución, para entender a grosso modo, pero con fundamentos, cuales son las condiciones de vida que se desarrollan dentro de las cárceles en México.

2.5.1. Infraestructura.

Del informe de Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional correspondiente al año 2013 emitido por la Secretaría de Gobernación, se desprende que el total de centros de

internamiento a nivel nacional asciende a 420, de los cuales 303 están a cargo de los gobiernos estatales, 11 del gobierno del Distrito Federal, 15 del Gobierno federal y 91 de los gobiernos municipales.⁷¹ Datos que contrastan seriamente con datos aportados por el Instituto Nacional de Geografía y Estadística, que en sus Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal correspondientes a los años 2014 y 2015, pues en el primer caso se reporta un total de 268 centros penitenciarios en el país, y en el año siguiente se reporta un total de 269 centros penitenciarios en el país;⁷² información que parece más sólida y congruente, por lo que debemos estar muy atentos a este tipo de contradicciones, en la información que presentan las entidades gubernamentales.

2.5.2. Internos.

Estudios de antropología penitenciaria refieren que a nivel internacional “México es el sexto país en el mundo en cuanto a número de población penitenciaria, con 260 mil internos a inicios de 2015, de los cuales 95% son hombres y 5% por ciento mujeres”.⁷³ El INEGI en su Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario correspondiente al mismo año, reporta un total de 202 mil 319 internos, de los cuales 176 mil 272 reclusos son por delitos del fuero común y 26 mil 047 personas internas por delitos del fuero federal.

⁷¹ Secretaría de Gobernación, “*Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional correspondiente al año 2013*”, visible en el sitio web de la Secretaría de Seguridad Pública, consultado el 27 de agosto de 2014.

<http://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/ShowBinary?nodeId=/BEA%20Repository/365162//archivo>

⁷² Instituto Nacional de Geografía y Estadística, “*Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario 2015*”, visible en el sitio web oficial del Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, consultado el día 16 de mayo del año 2016.

http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/Productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825080761.pdf

⁷³ PAZ, Susana, “*Las cárceles en México y América Latina*”, cita de lo afirmado por Elena Azaola Garrido investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, durante el Seminario de Antropología Jurídica convocado por el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social y la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, visible en el sitio web de la Agencia Informativa Consejo nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt), consultado el 15 de noviembre del 2015.

<http://www.conacytprensa.mx/index.php/ciencia/humanidades/1878-las-carceles-en-mexico-y-america-latina>

Retomando lo aportado por las Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional correspondiente al año 2013, los sujetos ingresados por delitos del fuero común ascendió a 193 mil 194, de los cuales 75 mil 413 son sujetos a proceso bajo prisión preventiva, mientras que los restantes 117 mil 781 son reos sentenciados; en cuanto al fuero federal el total de internos era de 49 mil 560, de los cuales 24 mil 891 no han recibido sentencia condenatoria, y el restante 24 mil 669 eran sentenciados, así el total de individuos ingresados en los centros penitenciarios es de 242 mil 754 personas, de los cuales 100 mil 304 se encontraban bajo prisión preventiva;⁷⁴ por su parte el Observatorio de Seguridad Ciudadana de la OEA, que publica información sobre todos los países del hemisferio, presentando información oficial divulgada por los Estados, nos ofrece un dato contrastante, pues de acuerdo a la organización internacional para el año 2013 hay un total de 112 mil 301 internos sujetos a prisión preventiva.⁷⁵ Esta diferencia en las cifras otorgadas por las autoridades mexicanas en distintos estudios es una muestra de la obscuridad con la que se maneja el sistema penitenciario.

Es importante saber al menos de manera general cuales son las circunstancias y condiciones de las personas que se encuentran internas en las cárceles de nuestro país; ello en función de conocer si existen variables que sean constantes en este grupo de personas que sean de relevancia para nuestro estudio. En primer término estudios realizados en las prisiones de la capital y área metropolitana,⁷⁶ informan que la edad media de la población al momento tanto en hombres como féminas, es aproximadamente de 30 años de edad; sin embargo, casi todos ellos fueron detenidos cuando eran menores de 25 años, por lo que podemos afirmar que el término medio de estancia en la prisión excede a los 5 años.

En cuanto a las actividades productivas de los internos, más del 90 % tenían alguna actividad remunerada, de los cuales la mitad prestaba sus servicios de manera subordinada,

⁷⁴ Ver anexo número 1.

⁷⁵ Ver anexo número 2.

⁷⁶ Cfr. BERGMAN, Marcelo et. al., *“Delito y Cárcel en México, deterioro social y desempeño institucional, reporte histórico de la población carcelaria en el Distrito Federal y el Estado de México 2002 a 2013: Indicadores clave”*, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México, México, 2014. <https://cidecyd.files.wordpress.com/2014/11/delito-y-cc3a1rce1-online-2014.pdf>

mientras que la otra mitad lo hacía por sus propios medios, estos últimos comúnmente con actividades fuera del comercio formal; un dato muy importante es que de los internos un 13.1% había laborado como miembros de cuerpos policíacos de seguridad pública o de las fuerzas armadas, dato que nos refiere un poco del problema de corrupción que se gesta dentro de los órganos de seguridad pública. De acuerdo al mismo estudio, uno de cada cuatro y en los últimos años uno de cada tres internos en su infancia fueron víctimas de violencia intrafamiliar, en gran parte causados por altos índices de alcoholismo, lo que generó que abandonaran el domicilio familiar antes de cumplir los 15 años y al menos el 10 por ciento aceptó haber consumido drogas.

Más de la mitad de los internos se encuentran compurgando sanción o siendo juzgados por la comisión de algún delito contra el patrimonio como robo simple y calificado (66.1% de la población total), en los que el monto robado que en la mitad de los casos no excede de 11 mil pesos, mientras que los presos por homicidio, secuestro o delitos sexuales es menor; sin embargo en función de las políticas de seguridad de los últimos dos sexenios, ha incrementado significativamente ilícitos de alto impacto como el secuestro, homicidio doloso y robo con violencia y otros como el narcomenudeo, éste último el cincuenta por ciento de los internos, el avalúo del precio del narcótico comercializado es inferior a 2 mil 400 pesos, y el 25% por menos de 270 pesos. En cuanto a los sentenciados, el 40 % cuenta con antecedentes o refirió haber estado preso o internado en alguna institución especializada en menores infractores.

Como podemos observar, las condiciones de las personas que se encuentran recluidas en las cárceles de nuestro país nos son de utilidad para apuntalar la idea de que la prisión como primordial herramienta del sistema punitivo, si bien sirve a intereses de seguridad social, también se ha utilizado desproporcionadamente, si en verdad se persigue la reinserción social del individuo, y no solo retribuirles el daño causado con su conducta delictiva.

2.5.3. Espacios.

El Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario realizado por el INEGI correspondiente al año 2014, realizado a partir de datos otorgados por la Secretaría

de Gobernación, informa que, al cierre del año existían en el país un total de 402 centros penitenciarios destinados a alojar un total de 164 mil 866 internos, de los cuales para reos sentenciados se destinó un 34.6%, mientras que para internos en espera de recibir sentencia definitiva, se destinó un espacio equivalente al 40.9% (el restante 24.4% los informantes no contaron con datos para identificar el estatus de la población que hace uso de ellos);⁷⁷ estudios de antropología penitenciaria indican que el 28% de las instalaciones penitenciarias concentran a más de la mitad de los internos del país”.⁷⁸ Por su parte la Organización de Estados Americanos a través de sus dependencias nos otorga datos que contrastan; según su estudio el porcentaje de internos sujetos a proceso dentro de las cárceles, desde el año 2000 al 2013, oscila en el 43%, llegando en el año 2012 hasta el 47%⁷⁹, es decir, casi la mitad de los internos no tenían sentencia condenatoria, lo que prácticamente duplica el desgaste del aparato penitenciario cuya finalidad es lograr la reinserción del hombre a la sociedad.

Aunado a ello, otro factor que incrementa el problema penitenciario es que el crecimiento de la tasa de la población carcelaria, que acorde con datos del Observatorio de la OEA,⁸⁰ ha pasado de ser 63 mil 724 en el año 2000, a 112 mil 301 en el año 2013; este es un dato aún más alarmante, pues la cantidad de internos sentenciados y procesados se ha mantenido en aumento constante desde inicio del siglo XXI, llegando prácticamente a duplicarse en tan solo trece años. A lo anterior debemos agregar el problema de la falta de una correcta segmentación dentro de los centros de internamiento, lo que genera convivencia entre procesados y sentenciados en clara violación a lo ordenado por la Constitución en su artículo 18, omisión que lamentablemente tiene como consecuencia

⁷⁷ Instituto Nacional de Geografía y Estadística, “*Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario 2014*”, visible en el sitio web oficial del Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, consultado el día 16 de mayo del año 2014.

<http://www3.inegi.org.mx/sistemas/biblioteca/ficha.aspx?upc=702825068578>

⁷⁸ SÁNCHEZ Jiménez, Arturo, “*Proponen replantear el modelo penitenciario*”, Seminario internacional de criminología y victimología, organizado por el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, visible en el sitio web del diario La Jornada correspondiente al día jueves 4 de septiembre de 2014.

<http://www.jornada.unam.mx/2014/09/04/politica/008n3pol>

⁷⁹ Ver anexo 3.

⁸⁰ Ver anexo 2.

que el fenómeno del contagio criminógeno se propague con mayor facilidad dentro del recinto.

La edad promedio de los hombres procesados por delitos del fuero común es de 32 años, mientras que para las mujeres es de 35 años, es destacable el hecho de que casi una tercera parte del total de varones internos, solo tienen estudios de primaria, mientras que el 20% no tienen escolaridad alguna, mientras que en las mujeres una cuarta parte tienen la misma deficiencia académica; en cuanto a la ocupación de los hombres, aproximadamente 33 mil de los 144 mil internos son obreros o artesanos, en cuanto a las mujeres 2 mil de 16 mil son oficinistas.

En el fuero federal, aproximadamente 40 mil de los 44 mil procesos se instauran en contra de hombres y los restantes contra mujeres. En cuanto a personas sentenciadas, el INEGI informa que entre fuero federal y fuero común suman 148 mil 385 personas, de los cuales 134 mil son hombres; de estos, 34 mil tienen la primaria, mientras que 7 mil carecen de educación académica y; 35 mil son obreros o artesanos; por cuanto a las mujeres en este rubro, el total de sentenciadas asciende a 13 mil aproximadamente, en un promedio de edad de 34 años, con condiciones similares a los varones en materia de formación académica.⁸¹ Estadísticamente al factor de contaminación criminógena se presenta en mayor proporción en cuanto más joven sea el sujeto que ingresa a prisión, ya sea como procesado o sentenciado en virtud de la vulnerabilidad en el desarrollo psicosocial del individuo quien, a su temprana edad se ve dominado en prácticamente todo su ser, en primera instancia por parte del Estado quien lo recluye en prisión, y ponerlo a disposición de internos normalmente de mayor edad, quienes a discreción y con la protección de los custodios, los abusan física y psicológicamente o bien por perversión, o para integrarlo al grupo delictivo y beneficiarse de su inexperiencia.

2.5.4. Hacinamiento.

Toda vez que el costo de un ritmo de crecimiento carcelario es insostenible para un sistema económico tan frágil como el mexicano, para el año 2014 nuestras prisiones estaban por

⁸¹ Ver anexo 4.

encima del máximo nivel de hacinamiento recomendado por autoridades penitenciarias internacionales, llegando a su nivel más alto registrado por la OEA, con un total del 135%.⁸² Son de gran importancia las características de los inmuebles utilizados comúnmente para destinarlos como cárceles, “se buscan casi siempre lugares cerrados, salobres, húmedos, oscuros... porque se sigue teniendo la idea de que los edificios que se utilicen como prisión han de ser tan sombríos como las penas y los penados que, según muchas personas, son diferentes a los integrantes de las sociedad libre”.⁸³

La información criminológica obtenida, no da lugar a dudas de que el sistema penitenciario en México es uno de los puntos más vulnerables del sistema de seguridad pública; el aumento de internos y la insuficiencia de recursos materiales y humanos son el resultado de una política criminal que parte desde el marco normativo y desemboca en un deficiente sistema penitenciario, en cuyas cárceles lejos de servir como sistema de reinserción social del individuo, se han convertido en verdaderas escuelas de crimen.

Para lograr entender la situación penitenciaria en México es recomendable acudir a las estadísticas otorgadas no solo por instituciones gubernamentales, sino también a las otorgadas por organizaciones internacionales de las que México es parte, así como a los datos aportados por asociaciones civiles y académicas.

Ninguna estadística de las consultadas en esta tesis difieren en el hecho de que el nivel de hacinamiento en las cárceles de nuestro país es por mucho, más alto al máximo aceptado por instancias extranjeras, como el Consejo Europeo para el estudio de problemas criminales, que determinó que un hacinamiento superior al 120% de la capacidad de cada centro penitenciario debe ser considerado como un hacinamiento crítico que hace imposible que el sistema cumpla en su totalidad con la función reintegradora asignada.

A modo de ejemplo, para que en nuestro país se pudiera dar cumplimiento a los lineamientos normativos de condiciones de vida para los internos, deberían construirse otros 21 centros penitenciarios similares al Reclusorio Sur que tiene capacidad para 2 mil

⁸² Ver anexo 5.

⁸³ MENDOZA Bremauntz, Emma, Op. cit., P. 81.

500 personas;⁸⁴ de esa manera podemos tener un panorama más claro de la seria problemática de la sobrepoblación carcelaria y de los costos socioeconómicos que tiene consigo, y la dificultad que implica para el Estado darse abasto con las necesidades del cada vez mayor número de internos.

A criterio de Elías Carranza, “la sobrepoblación o hacinamiento, es el problema que, mientras no se resuelva, hará inútiles o por lo menos limitará muy seriamente los esfuerzos que en otros ámbitos penitenciarios se realicen”;⁸⁵ de esa manera es ingenuo pensar que con la construcción de más cárceles o la remodelación de estas para alojar un mayor número de internos, podremos resolver las problemáticas de violencia, salud, educación, trabajo y corrupción que se presentan dentro de los recintos penitenciarios; “desafortunadamente México, en la administración anterior (gobierno de Felipe Calderón), puso más énfasis y se preocupó por la construcción, por ampliar las infraestructuras, como si ese fuera el sujeto fundamental en la política penitenciaria: la infraestructura y la construcción, antes que la situación de las condiciones de los presos”.⁸⁶

Tal afirmación resulta bastante interesante, pues por una parte es cierto que actualmente hay más de 400 centros de reclusión estatales y federales, por lo tanto no podemos afirmar que la administración pública ha escatimado en infraestructura carcelaria, mas la inversión realizada ha sido insuficiente para el mejoramiento real de las condiciones de hacinamiento de los reclusos; por otra parte y a pesar de la enorme cantidad de dinero que se destina al sistema penitenciario, las condiciones que viven los internos son violatorias de la mayoría de los derechos humanos reconocidos constitucional y convencionalmente.

Los casos más extremos de este fenómeno son en primer lugar la Cárcel Distrital de Tepeaca, Puebla, con un índice de sobrepoblación del 578 %; le sigue el CERESO Tlapa de

⁸⁴ CARRANZA, Elías, *Sobrepoblación penitenciaria en América latina y el caribe: situación y respuestas posibles, Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, Siglo XXI editores en coedición en con Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente (ILANUD), México 2001, P.20.

⁸⁵ Ibidem, P.11.

⁸⁶ PAZ, Susana. Op. cit.

Comonfort en Guerrero, con un 463%; en tercer lugar está el CERESO de Apan, Hidalgo, con un índice del 427 % de hacinamiento; la Cárcel Distrital Tizayuca, también en Hidalgo, con un 385 % y; finalmente la Cárcel Distrital Izúcar de Matamoros, con una sobrepoblación penitenciaria del 348 %. Para observarlo desde un punto más humanista, solo las tres prisiones más grandes de la hoy Ciudad de México, albergan a cerca de 34 mil personas, siendo que éstas tienen una capacidad para solo 14 mil 500 internos,⁸⁷ es decir, no existe lugar para albergar a alrededor de 20 mil personas que fueron sentenciadas por una autoridad jurisdiccional a la pena de prisión con la finalidad de lograr la reinserción social del individuo.

La investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Elena Azaola Garrido, afirma que son tres los factores que determinan las condiciones actuales del sistema penitenciario; penas muy severas en función de una política criminal antidrogas excesiva; incremento de delitos considerados graves que desemboca en el abuso de la prisión preventiva y; una fuerte criminalización de la pobreza. Estos factores son responsables de la sobrepoblación en las cárceles, provocando que a la fecha el 65 % de las cárceles en México tengan un sistema de autogobierno de facto que genera condiciones de vida, indignas e inhumanas.⁸⁸

En síntesis la situación que viven los internos es lejana a una que propicie la reinserción social de los criminales. Esto a pesar de que excede los límites de nuestra investigación nos es de utilidad para conocer la realidad que viven no solo los internos sentenciados, sino en nuestro caso los individuos internos bajo régimen de prisión preventiva, a quienes supuestamente se les debe garantizar el ejercicio de sus derechos por no haber sido declarados culpables por la comisión de algún ilícito en estricto respeto al principio de presunción de inocencia.

⁸⁷ Ver anexo 6.

⁸⁸ PAZ, Susana. Op. cit.

2.5.5. Recursos materiales y presupuesto.

Ahora entraremos al estudio de los recursos humanos y materiales destinados a los centros de internamiento en nuestro país, así nos remitimos nuevamente a cifras otorgadas por instituciones públicas; el INEGI nos aporta una cantidad total para el año 2013, en el que al sistema penitenciario se le otorgó un presupuesto de poco más de “687 millones de pesos. De ellos, más del 67 % (463.3 millones) se destinaron a servicios personales (capítulo 1 000 del Clasificador por Objeto del Gasto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público), arriba del 15 % (104.6 millones) a materiales y suministros (capítulo 2 000), y poco más del 14 % (119.5 millones)”.⁸⁹ De otra parte “aproximadamente uno de cada tres pesos de los recursos que dedican los gobiernos estatales para seguridad preventiva, la procuración e impartición de justicia penal y para la readaptación social, se destinan a este último sector. La operación del sistema carcelario nacional implica un costo promedio de 130 pesos diarios por cada uno de los 210 mil reclusos del país. Esto significa aproximadamente 27 millones de pesos diarios y 9.93 miles de millones de pesos anuales”.⁹⁰

Así, los recursos económicos destinados al sistema penitenciario, son demasiado altos al compararlos con los recursos que se destinan a problemáticas de desigualdad social; entonces, si estos recursos son insuficientes, para contratar custodios que mantengan los mínimos niveles de seguridad en las prisiones, pues la media nacional es de un custodio por cada cinco internos, e incluso existen casos graves como los estados de Baja California, Tabasco y Quintana Roo, respectivamente, donde los índices son de un custodio por cada 13, 14 y 19 internos,⁹¹ situación que se asemeja a un polvorín en espera de la chispa que encienda la catástrofe como lo ocurrido recientemente en el penal de Topo Chico en Nuevo León, donde perdieron la vida 49 personas cuya integridad estaba a cargo del Estado.

⁸⁹ Instituto Nacional de Geografía y Estadística, “*Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario 2014*”, Op. cit., P.13.

⁹⁰ ZEPEDA Leucona, Guillermo, “*El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México*”, ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio web de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 22 de febrero del año 2014, P.35.

<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-516s.pdf>

⁹¹ Ver anexo 7.

En función de lo anterior y toda vez que asignar más recursos al sistema penitenciario no es una opción viable, una alternativa es reducir los recursos que anualmente eroga el Estado por concepto de manutención de internos bajo prisión preventiva, modificando su aplicación y puedan destinarse a otros ámbitos del propio sistema penitenciario que propicien una correcta reinserción social de los reos ya sentenciados.

Para la investigadora Elena Azaola Garrido otra característica de las cárceles es, la ausencia de rendición de cuentas, si bien las prisiones son instituciones que cumplen una función pública que debería estar sujeta a datos al escrutinio y rendir cuentas por sus resultados en función de sus objetivos. Además, expuso que en la mayoría de los casos la gente está en proceso y no se les ha comprobado un delito, pero ya están en prisión. Lo que constituye un serio problema a nivel de Latinoamérica porque no solamente es costoso, desde el punto de vista económico, sino que tiene efectos sociales, pues se debe considerar que el preso no es una persona aislada, y estar en prisión lo afecta a él mismo, a toda su familia y, de cierta forma, a la comunidad de la que forma parte.

Este abuso de la prisión preventiva, en promedio, es del 46 % en toda América Latina; lo que significa, para dar una idea, que en Brasil hay más de 200 mil personas en cárceles que están esperando que se les dicte una sentencia y en México había más de 100 mil 260 mil internos a inicios de 2015.⁹²

Al respecto en el año 2015, existían 423 centros penitenciarios, de los cuales 21 son federales, más cuatro en construcción; de los 21 centros federales, cinco cuentan con participación de la iniciativa privada. Este último punto es muy importante en cuanto al costo socioeconómico del sistema penitenciario, pues desde el sexenio del Presidente Vicente Fox, hasta la fecha se ha incrementado la participación privada en diversos rubros

⁹² Cfr. VERA, Rodrigo, “*Las cárceles como negocio privado*”, sitio virtual de la Revista Proceso, publicado el 20 de agosto del 2014, consultado el 7 de febrero del 2016.

<http://www.proceso.com.mx/379980/la>.

⁹² PAZ, Susana. Op. cit.

[s-carceles-como-negocio-privado](#)

que antes estaban reservados exclusivamente para los gobiernos federal y estatal; ello por supuesto en demérito de las arcas públicas y en favor de un pequeño grupo de empresarios dispuestos y capaces de invertir en el sector.

Lamentablemente dentro de estos centros penitenciarios continúan presentándose el hacinamiento, la corrupción, violencia, narcotráfico y demás que hacen imposible un trato digno a la persona interna e incluso a los propios custodios.⁹³ En comparativa, solamente en cuanto al gasto pecuniario entre una cárcel pública y una “privada”, el costo que el estado paga por un preso en una cárcel estatal es de 150 pesos por día, mientras en las prisiones que cuentan con inversión privada el costo es de alrededor de 2 mil pesos por día, porque se está pagando la construcción de esas prisiones y todos los servicios que esa inversión presta”.⁹⁴

En virtud de lo anterior podemos observar que el sistema penitenciario obviamente no escapa de la cultura de corrupción y malversación de fondos que inunda a los órganos de seguridad pública, impartición de justicia y en general a casi todas las instituciones públicas; ello ha generado que en función de intereses personales enmascarados de intereses políticos, actualmente las prisiones se han convertido un jugoso negocio para los particulares en detrimento del interés público, lo que es una razón más para prescindir en medida de lo posible de esta institución, máxime cuando se trata de individuos que no han sido sentenciados por la autoridad judicial.

2.5.6. Reinserción social.

De acuerdo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la finalidad de la reclusión penal punitiva es la readaptación social, aunque como lo refiere el maestro Sergio García Ramírez, el término readaptación usado en los tratados internacionales y el término reinserción usado por la Constitución, tienen una importante trascendencia pues la reinserción se refiere a un proceso mecánico que ocurre en el preciso momento en que el reo es liberado de prisión,

⁹³ Ídem.

⁹⁴ PAZ, Susana. Op. cit.

aunque la integración de la persona pueda implicar daño o perjuicio social por no haber logrado el objetivo de readaptar al individuo para una nueva convivencia social y se abstenga de volver a delinquir, lo que sintetiza el maestro Pablos de Molina al decir que “no parece fácil que el Estado garantice la resocialización del penado, cuando no es capaz siquiera de asegurar su vida, su integridad física, su salud”.⁹⁵

El Estado para legitimar el uso de la prisión necesita ofrecer a la sociedad un beneficio que no se pueda lograr con otros medios, así la reinserción o readaptación social se vuelve el eje del sistema penitenciario. El maestro Francisco Muñoz Conde refiere que el objeto de la reinserción social es “hacer aceptar al delincuente las normas básicas y generalmente vinculantes que rigen una sociedad”.⁹⁶

Como lo hemos referido anteriormente, el artículo 18 constitucional, el sistema penitenciario, bajo el objetivo de la reinserción del individuo a la sociedad que se reduce a que éste no delinca nuevamente, ordenando que las leyes reglamentarias deberán adecuarse a principios contemplados por la criminología clínica, como lo es la capacitación para el *trabajo* a la que tradicionalmente se le reconoce el mérito de combatir el ocio; a la educación como medio de combate a la ignorancia, en pro del desarrollo del albedrío como contrapunto del instinto.

Asimismo, implementar actividades culturales, recreativas y deportivas como factores para el desarrollo de las condiciones físico-psíquicas; a las actividades religiosas por su relación con reivindicación del individuo respecto de valores como el bien, y respeto por la sociedad;⁹⁷ empresa por demás compleja para el Estado quién echando mano del sistema penitenciario a través de los custodios, médicos, personal administrativo,

⁹⁵ PABLOS de Molina, Antonio García. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 3ª edición, Valencia 1996, Editorial Tirant lo Blanch libros, P.84.

⁹⁶ MUÑOZ Conde, Francisco, citado en por Sáenz Rojas, Mario A., “*El discurso resocializador: hacia una nueva propuesta para el sistema penitenciario*”, Rev. Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica, visible en el sitio web consultado con fecha 2 de febrero del 2014, P.115.

<http://revistacienciasociales.ucr.ac.cr/numeros/115/saenz.pdf>

⁹⁷ OJEDA Velázquez, Jorge, “*Reinserción social y función de la pena*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 14 de febrero del 2015, P.70.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3169/7.pdf>

psicólogos, antropólogos sociales y demás profesionales, tiene que involucrarse íntimamente con individuos que en muchos casos aborrecen los valores sociales, con resentimiento al sistema social.

Para cumplir tal propósito el Estado se obliga a desplegar un esfuerzo considerable, así “los técnicos penitenciarios deben tender a lograr una resocialización en la que se tome en cuenta la personalidad de cada individuo, y en particular las carencias físico-psíquicas que determinan su comportamiento criminoso, lo que presupone obviamente un profundo conocimiento de la personalidad del sujeto. A tal propósito, la Ley Nacional de Ejecución Penal en relación con los reclusos, la observación científica de su personalidad, dirigida a la búsqueda de tales carencias y de otras causas de inadaptación social”.⁹⁸

Para el maestro Pablos de Molina respecto a la rehabilitación del delincuente la Criminología obedece a tres objetivos: el primero de ellos es esclarecer cuál es el impacto real de la pena en quien la padece; para lo que debemos considerar no solo los efectos deseados e ideales del encarcelamiento, sino que existen diversas consecuencias que afligen a los penados como la pérdida de convivencia familiar, amistosa, laboral y remuneración económica, independientemente de la violencia física, psicológica y sexual de que son víctimas.

El segundo objetivo es diseñar y evaluar programas de reinserción, no solo en el sentido clínico individual del sujeto a tratamiento, sino que se debe incluir programas post carcelarios que propicien la reincorporación del individuo a la sociedad como un ser funcional en todos los ámbitos.

El tercer objetivo es lograr concientizar a la sociedad de que el crimen no es solo un problema del sistema legal o del sistema de seguridad pública, pues los miembros de la sociedad debemos entender que el delito es un fenómeno que nace dentro de la sociedad y es producto de ella misma. Una herramienta útil para lograr este cometido es la llamada Psicología Comunitaria, que postula que el complejo proceso resocializador del individuo

⁹⁸ Ídem.

va más allá de la intervención clínica del individuo durante la duración de la pena, pues es responsabilidad de todo el complejo social y no solo del sistema de administración penitenciaria que atienda a las necesidades reales de la persona cuando sea reintegrado a la sociedad en los aspectos familiar, laboral, amistoso.⁹⁹

Sin embargo, y como lo estudiaremos más adelante, la política criminal de nuestro país que busca encontrar resultados inmediatos en materia de seguridad pública, hace uso de medidas populistas y mediáticas como incrementar absurdamente las penalidades de ciertos ilícitos o invertir enormes recursos en la construcción y mantenimiento de centros penitenciarios, omite desarrollar este tipo de programas que a mediano y largo plazo pueden rendir mejores frutos.

Por ello y como lo hemos visto, se destina una gran cantidad de recursos económicos y humanos para lograr la reinserción social de los sentenciados a prisión; sin embargo la reinserción social continúa siendo un objetivo distante en nuestro país, ello si consideramos que con base en un análisis a los indicadores del Sistema Judicial Penal del INEGI correspondiente al índice de los años 2009 a 2012,¹⁰⁰ en nuestro país de cada 100 personas que son acusadas por un delito del fuero común y son sentenciadas, 12 de ellas vuelven a delinquir y regresan a la cárcel. Los casos más graves son el Distrito Federal, en el que el 30% de los sentenciados vuelven a delinquir; asimismo los estados de Nuevo León, Coahuila, Colima y Yucatán presentan una reincidencia de más del 20%. “De acuerdo con el catedrático del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), el Dr. Pedro José Peñalosa, la sobrepoblación es el principal factor para explicar la situación. En 1955, México firmó un acuerdo internacional ante la ONU en la que se compromete a que los centros de detención tengan una celda por reo, sin embargo, actualmente están ocupadas por entre 15 y 20 personas a la vez.¹⁰¹

⁹⁹ Cfr. PABLOS de Molina, Op. cit., P.85.

¹⁰⁰ ESCOBAR, Ana Cecilia et. al., “12 de cada 100, reincidencia delictiva en México”, artículo publicado en el sitio web del diario Periodismo de guerra, consultado el 28 de febrero del 2014. <https://periodismodeguerra.wordpress.com/2014/05/31/12-de-cada-100-reincidencia-delictiva-en-mexico/>

¹⁰¹ Ídem.

Así, la sobrepoblación carcelaria es un factor que obstaculiza el correcto tratamiento para los internos al dificultar que cada uno de los sujetos tenga los recursos humanos y materiales suficientes dentro de la prisión para lograr la reinserción social que gira en el eje de que la persona no vuelva a delinquir.

Otro factor que dificulta la reinserción del individuo es el alto índice de incidentes que acontecen dentro de los centros penitenciarios; de acuerdo a la organización no gubernamental, México Evalúa, solamente durante el periodo comprendido del mes de agosto del 2010 a octubre del 2011, en los centros penitenciarios del país se suscitaron 648 incidencias violentas, de los cuales 35.3 por ciento fueron decesos, 32.3 % riñas, 17 % homicidios y 8.8 %; asimismo la investigadora Elena Azaola, señala que entre los años dos mil nueve y dos mil trece se registraron oficialmente más de mil fugas, y alrededor de 600 muertes dentro de prisión;¹⁰² estos cuatro tipos incidentes representan conjuntamente el 93.4 % del total.¹⁰³

Esa falta de control tiene diversas causas como lo son el hacinamiento carcelario y la falta de custodios que vigilen el cumplimiento de la reglamentación interna; así la psicosis penitenciaria entendida como el “conjunto de actitudes características de algunos reclusos debidas a la rigidez del sistema disciplinario de muchas prisiones, sus características pueden ser reacciones de apatía y entorpecimiento o de rebeldía y violencia... los reclusos ven debilitada su voluntad y la compensan por medio de ensueños y fantasías o por una conducta marcadamente agresiva...”.¹⁰⁴

Bajo las condiciones de hacinamiento, abandono y violencia descritas anteriormente, resulta muy complicado para el sistema y más aún para el interno la readaptación social, pues éste último quién en la mayoría de los casos es prisionero en

¹⁰² PAZ, Susana. Op. cit.,

¹⁰³ México Evalúa, “*Seguridad y Justicia Penal en los estados: 25 indicadores de nuestra debilidad institucional*”, visible en el sitio web de la organización no gubernamental MéxicoEvalúa, consultado el 18 de febrero del año 2014.
http://www.mexicoevalua.org/wp-content/uploads/2013/02/MEX-EVA_INDX_SJPE-LOW.pdf

¹⁰⁴ FAIRCHILD Pratt, Henry, *Diccionario de Sociología*, 2ª edición en español, México 1997, Fondo de Cultura Económica, Pp.240-241.

virtud de una sentencia por la comisión de un delito menor, y que ingresando al centro penitenciario es víctima de abusos por parte de los demás internos y de los propios custodios; asimismo sufre carencias en servicios básicos como el alimentario, privacidad, lugar para descanso, higiene y demás.

De esa manera el interno al verse involucrado en una situación de extrema precariedad y violencia, opta por transformar su personalidad que de por sí, ya era antisocial, hacia una que le permita sobrevivir en el ambiente de la prisión, dando paso al contagio criminógeno propiciado no solo por los compañeros de recinto, sino por el sistema mismo; así “después de haber hecho cuanto estaba en su poder para convertirle en enemigo de la sociedad, después de haberle inoculado los vicios que caracterizan las prisiones, se le vuelve a echar al arroyo, se le condena a tornarse reincidente”.¹⁰⁵

La situación empeora cuando hablamos de individuos sujetos a proceso privados de su libertad por mandato judicial, pues en estos casos el Estado a través de sus órganos y procedimientos no ha acreditado la responsabilidad penal de los individuos, y por ello deberá dársele trato de personas inocentes; sin embargo, como lo hemos mencionado la sobrepoblación carcelaria y la falta de seccionamiento de los internos provoca que los procesados convivan con criminales “en rehabilitación”. Para entender mejor esta problemática, debemos partir del hecho de que la reinserción social es una meta a la que se aspira exclusivamente para personas sentenciadas que se encuentren reclusas, y no para aquellos a quienes aun se les está procesando, “De lo que se infiere que los procesados, constitucionalmente, no deben ser readaptados ni reinsertados, sino únicamente internados en custodia preventiva; y por otro lado, los procesados no se encuentran propiamente compurgando una pena, sino sujetos a una medida cautelar, como lo es la prisión preventiva... el legislador histórico quiso que no se mezclaran procesados con

¹⁰⁵ KROPOTKIN, Pedro, *Las prisiones*, versión digital disponible en el sitio web consultado el 18 de mayo del 2014, P.14.

<http://espanol.free-books.net/ebook/Las-prisiones>

sentenciados, no solo para evitar cualquier contaminación, sino también para señalar que merecían tratamientos distintos”.¹⁰⁶

Por todas las circunstancias anteriores, que no solo afectan a nuestro país, sino como problema principal del sistema penal en todos los países de Latinoamérica, se busca de manera prioritaria proponer sustitutivos a esta medida cautelar tan atroz, en tanto que las implicaciones de la privación de la libertad en un medio tan hostil no garantizan la recuperación del ser humano que ha delinquido. Señala el Doctor Rodríguez Manzanera, que “Los tratamientos en la comunidad y los sustitutivos de la prisión son efectivos, y hasta sus críticos reconocen que son más baratos y menos dañinos que la privación de la libertad”.¹⁰⁷ De esa manera los teóricos criminólogos proponen nuevas formas de control social menos violentas que no se equiparen a la propia criminalidad, lo que implica que la autoridad legislativa reduzca la penalidad de ciertos delitos que no afecten bienes jurídicos de gran valor y en respeto del principio de proporcionalidad de las penas, se introduzcan nuevas formas de compurgación de las sanciones impuestas en la sentencia, tales como servicios a la comunidad, y aquellas que afecten solo al patrimonio del culpable y no recaigan obligatoriamente sobre su persona.

2.6. Enfoque criminológico del sistema punitivo.

La Criminología tiene como objeto de estudio el delito, sin embargo para poder definir a esta ciencia penal se requiere que nos apartemos por el momento de la definición jurídica de lo que es el delito, pues de una parte el objeto de estudio de la Criminología no debe cambiar a voluntad del legislador; asimismo es desde este momento que tenemos que hacer una distinción entre ambas ciencias, dadas las diferencias en sus métodos.

Para entender a la criminología tomaremos la definición del maestro García-Pablos, quien la entiende como la ciencia empírica (que parte del conocimiento obtenido por medio de los sentidos de los que induce sus postulados) e interdisciplinaria (pues toma conceptos de la biología, sociología y psicología criminal), en virtud del que se logra un dictamen científico totalizador del crimen, que se ocupa del estudio del crimen, de la

¹⁰⁶ OJEDA Velázquez, Jorge. Op. cit., P.72

¹⁰⁷ PABLOS de Molina, Antonio García, Op. cit., P.12.

persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo, y trata de suministrar una información válida, contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen -contemplando éste como problema individual y problema social-, así como sobre programas de prevención eficaz del mismo y técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente.¹⁰⁸

En ese sentido podemos hacer una clara distinción con la ciencia jurídica, pues en principio el método utilizado por ésta es el formal, abstracto y deductivo por medio del cual se pretende construir aparatos conceptuales, partiendo de una gama de dogmas cuya fuente es el ius naturalismo; mientras que la Criminología parte de la experiencia encontrada en cada uno de los casos de estudio, atribuyéndole valor a las circunstancias reales e históricas concretas para explicar el fenómeno delictivo.

No obstante debemos conceptualizar a la Criminología como un enorme banco de datos que arroja información terminante, pues en un principio esta ciencia atiende a los principios del racionalismo crítico postulado por el filósofo vienés Karl Popper, quien afirma que el método científico es un modelo de refutación, por lo que los postulados científicos han de ser puestos a la crítica y por ello pueden ser reemplazados; asimismo la sociedad se transforma y con ella el fenómeno delictivo, razón por la que las investigaciones en el campo criminológico nunca son definitivas, al ser la sociedad un ente tan complejo y en cuyo seno se produce éste fenómeno, por lo que es por medio de las teorías explicativas elaboradas por estudiosos del fenómeno criminal bajo el método empírico e inductivo, que interpretan toda aquella información con la finalidad de crear una teoría explicativa del crimen que valora las variables en torno a dicho fenómeno.

2.6.1. Teorías etiológicas del crimen

El objeto de ésta ciencia es la de arrojar datos útiles para controlar el problema criminal desde un enfoque preventivo, pues se orienta a una reducción en los índices delictivos, y no a una mayor sanción de los mismos, a través de la sistematización y valorización de la información obtenida a través de los sentidos y no de silogismos y especulaciones. De igual

¹⁰⁸ *Ibidem*, P.19.

manera cabe señalar que la Criminología se adentra al estudio de hechos irrelevantes para el Derecho Penal, pero que forman parte importante del fenómeno delictivo, es decir, estos factores se encuentran fuera del hecho penalmente sancionado en sí, pero al mismo tiempo tienen un vínculo sólido con él; tal como lo es la esfera social del infractor donde se involucran las condiciones económicas, laborales, emocionales, familiares e incluso biológicas de los individuos. El estudio de tales condiciones ha llevado a los teóricos al desarrollo de diversas teorías explicativas acerca de la etiología del delito.

2.6.1.1. Teorías Biologicistas de la explicación criminal.

Las teorías etiológicas Biologicistas pretenden explicar el fenómeno delictivo a partir del estudio físico del delincuente; cabe señalar que muchas de ellas han sido refutadas desde décadas o incluso siglos por ser arbitrarias, en sus postulados y denigrantes contra el individuo.

La teoría antropométrica fundamenta una “supuesta correlación entre determinadas características o medidas corporales y la delincuencia”.¹⁰⁹ Dentro de esta área también nos encontramos con la teoría antropológica del crimen, que señala que los propensos al crimen pertenecen a grupos humanos de menor desarrollo evolutivo heredado por los genes, en virtud del cual poseen o no características distintas a personas no delinquentes de castas o grupos superiores. Por su parte la Biotipología postula la relación entre las características físicas del individuo y condiciones psicológicas relacionadas con el carácter y temperamento, que hacen propenso al individuo a delinquir.

Es a las anteriores teorías, a las que nos hemos referido con antelación como arbitrarias y denigrantes, sin embargo es innegable que han servido como punto de partida para la investigación científica moderna, respecto a la relación de los procesos químicos en el cuerpo humano que traen consigo consecuencias psicopatológicas, que hacen propensa a la persona a delinquir; tal es el caso de la glucosa en la sangre, que en bajos niveles produce afectaciones al cerebro, que tienen como consecuencia alteraciones en la conducta del

¹⁰⁹ *Ibidem*, P.132.

individuo como lo son irritabilidad, aturdimiento, depresión, ansiedad, síntomas de hipoglucemia con mayor trascendencia criminológica en cuanto a la propensión al delito.¹¹⁰

Las teorías explicativas del fenómeno delictivo, anteriormente referidas, tienen importancia en nuestro tema de estudio, ello en virtud de que en cada caso concreto, el uso de las técnicas médicas para conocer las circunstancias personales de cada uno de los individuos sujetos a proceso penal, podría arrojarnos datos útiles para conocer si el individuo actuó de tal o cuál modo en función de alguna deficiencia orgánica. En ese sentido la imposición de la medida cautelar más gravosa para la persona dentro del procedimiento penal, no debe depender únicamente de una clasificación normativa dada por el legislador.

No obstante debemos reconocer que a partir de la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX, estas teorías le sirvieron al poder público para recluir en centros de internamiento como hospitales y casas de salud, a centenares de personas, a quienes se les privaba de su libertad de manera indefinida so pretexto de investigaciones científicas, siendo ello un antecedente de gran importancia, que no se debe hacer a un lado al momento de incluir los principios clínicos en el marco de la prisión preventiva.

2.6.1.2. Teorías Psicologicistas de la explicación criminal.

Estos modelos explicativos entienden al fenómeno delictivo a través de procesos psíquicos en el individuo; particularmente la divergencia entre ellos, es que unos lo entienden como proceso patológicos, mientras que otro lo entiende como un proceso normal en el desarrollo de la psique. La psicología plantea que la conducta criminal es tan normal como cualquier otra conducta humana, es decir, el individuo solo responde a factores externos que refuerzan su conducta o la inhiben. Las modernas teorías psicológicas explican “no como se aprende el comportamiento criminal, sino por qué ciertas personas fracasan en su inhibición eficaz de las conductas socialmente prohibidas”.¹¹¹

¹¹⁰ *Ibidem*, P.153.

¹¹¹ *Ibidem*, P.176.

Por su parte la psiquiatría “se ocupa del hecho psíquico morboso del hombre psíquicamente enfermo”,¹¹² es decir, parte de la idea de que existe un estado psíquico normal y uno anormal, este último es un estado de enfermedad mental que puede ser la explicación de conductas delictivas. La moderna psiquiatría en su praxis reduce los trastornos mentales a dos, la neurosis y la psicosis, siendo la segunda el estado de mayor gravedad, pues hace difícil un desarrollo funcional de la persona en la sociedad e incluso puede llegar a determinar totalmente un comportamiento con tendencias criminales. El tratamiento propuesto mayormente se enfoca al consumo de fármacos para regular y “normalizar” los procesos psíquicos del sujeto.

La teoría psicoanalítica de la explicación criminal, se fundamenta en diversos factores del individuo. Sigmund Freud resalta la importancia que tiene el instinto sexual como motor de la conducta; las tres instancias del aparato psíquico (Ello, Yo y Súper yo) deben mantener un equilibrio entre sí, para lograr la estabilidad mental de la persona, mientras que la deficiencia en el balance produce las diversas patologías. El Ello es la instancia psíquica que busca la satisfacción plena e inmediata de los deseos (sobre todo los deseos sexuales desarrollados en cinco diferentes etapas del libido); el Súper yo es su instancia antagónica y pretende el total apego al universo normativo de la sociedad; por su parte el Yo es la instancia que reside en el consciente y que debe mantener el equilibrio entre las dos anteriores.

En ese sentido la conducta criminal responde a falta de capacidad del individuo para reprimir cierta conducta como respuesta simbólica del inconsciente. La manera de conocer los deseos reprimidos del sujeto es a través de la introspección, por medio de la cual se llegará a conocer las causas de represión de tales deseos “todos los actos del hombre tienen una explicación oculta que solo la introspección puede revelar”.¹¹³

¹¹² Ibídem, P.162.

¹¹³ Aportaciones procedentes de la psicología, la psiquiatría y al psicoanálisis, visible en el sitio web del Portal de alumnos de Criminología y Detective Privado de la Universidad de Salamanca, consultado el 9 de febrero de 2016.

http://www.criminologia.org.es/aportaciones/primero/Crim_apuntse_6.pdf

Respecto a la prisión preventiva, en este caso nos encontramos con algo similar a lo que ocurre en los modelos biologicistas de la etiología del delito, pues éstos no son contempladas por el legislador ni por el juzgador para la imposición de la privación legalizada de la libertad, sino que el legislador ha optado cómodamente por crear un listado de ilícitos que según él son tan graves que ameritan que el –presunto inocente- se encuentre privado de su libertad durante la sustanciación del proceso.

Contrariamente a ello, el uso de dictámenes especializados nos podría arrojar muchísima información acerca de cada uno de los sujetos a proceso penal, para en tal caso saber cuáles podrían ser las causas personales por las que el individuo presuntamente despliega la conducta delictiva; así mismo podríamos conocer un verdadero grado de peligrosidad de la persona para el correcto desarrollo del proceso, la seguridad de la víctima y de la sociedad; información con la que se podría dar un mayor respeto al principio de presunción de inocencia durante el proceso penal al no privar oficiosamente de su libertad al procesado, sino que en virtud del conocimiento de la persona, otorgarle un abanico de posibilidades para garantizar su comparecencia a juicio.

2.6.1.3. Teorías Sociológicas del delito.

Los modelos sociológicos del delito a diferencia de los anteriores, explican el fenómeno delictivo a partir de la influencia que tiene el medio sobre la persona, en ese sentido entienden el delito como un fenómeno social y no meramente individual; estos modelos son los más utilizados por el poder público para determinar las políticas criminales dada la naturaleza de la información que proporcionan. Así pues el sentido macrosocial que estos modelos desarrollan, no en pocos casos pecan de deshumanizadores pues apartan la individualidad de la persona y se centran únicamente en determinadas características similares entre las personas, para después crear categorías de grupos

El distinto grado de abstracción y los enfoques empíricos que emplean, y por medio de los cuales pretenden aislar las variables delictivas, tiene como consecuencia que cada uno de los modelos otorgue una explicación distinta y justificada de acuerdo a su método; por ejemplo las teorías multifactoriales en cuyo desarrollo intervinieron expertos sociólogos, psicólogos y antropólogos, postulan que el delito no es resultado de un solo

factor sino que son muchas las circunstancias como el abandono por parte de la madre, un núcleo familiar desintegrado o la poca severidad de las autoridades durante la infancia de la persona, las que incrementan la posibilidad de que el individuo despliegue conductas antisociales e incluso delictivas.

Otro ejemplo para demostrar la diversidad de factores etiológicos del delito que postulan estas teorías es la llamada escuela de Chicago, fundada originalmente por periodistas con la finalidad de obtener datos estadísticos del fenómeno criminal; su teoría ecológica parte del estudio de la relación de la urbanización y el delito. De acuerdo a esta teoría, el desarrollo de grandes centros urbanos industrializados, genera un ambiente de debilidad en el control social, lo que en principio responde al crecimiento demográfico, en el que el contagio de conductas antisociales se propaga fácilmente; otro factor que postula es el de la inequitativa acumulación de la riqueza que genera la industrialización, y como ésta fomenta el incremento de delitos patrimoniales. En general las teorías ecológicas postulan que el crecimiento de los centros urbanos es pieza fundamental para fomentar o inhibir el crimen, tal como lo postula la teoría ecológica del *-defensible space-* de Oscar Newman, en virtud de la cual los miembros de la comunidad que desarrollen determinada actividad en un área pública están obligados a velar por su seguridad.

Son cuatro los parámetros de diseño urbano para lograr la dicha actividad: “1) Subdividir las grandes áreas públicas en otras más pequeñas, frente a las cuales los residentes puedan adoptar actitudes de propiedad, 2) Situar las ventanas de modo que los residentes puedan contemplar estas áreas, 3) Situar los lugares de residencia en zonas adyacentes a actividades públicas que no supongan amenaza... y, 4) Construir las áreas públicas de manera que los extraños tengan la impresión de que sus actividades podrán ser observadas y, si es necesario, impedidas por los que residen en la zona”.¹¹⁴

Por su parte la teoría estructural funcionalista de la etiología del delito desarrollada por Emile Durkheim, quien afirma que el centro de las sociedades industrializadas en las

¹¹⁴ BOOTH, Alan, “*El ambiente construido, disuasivo del delito: Un replanteamiento del -espacio defendible-*”, traducido por Del Amo Martín, Tomás, visible en el sitio web consultado el 23 de enero del año 2015, P.98.

www.dialnet.uniroya.es/download/articulo/65901

que los medios de control están debilitados en función de una “falta de normas o el relajamiento de éstas que conlleva a una flexibilización de los valores morales y sociales”,¹¹⁵ el delito es un fenómeno –normal-¹¹⁶, pues nace de la necesidad de regular el funcionamiento del orden social, es decir, cada uno de los comportamientos delictivos está previsto por una norma jurídica, lo que legitima la actividad de control social del Estado; “el crimen, pues, cumple con una función –integradora e innovadora-, y debe contemplarse como producto del normal funcionamiento de toda sociedad”,¹¹⁷ en ese sentido la pena surge como respuesta de la sociedad en contra del autor de la acción lesiva por ir en contra de lo que la comunidad entiende como correcto o bueno.

La principal crítica que reciben estas teorías es que se apartan del enfoque axiológico del sistema social, es decir, subordinan cualquier tipo de valoración ética al correcto funcionamiento del aparato punitivo. Muestra de ello es lo que ocurre con la pena, a la que le otorgan una característica de simple retribución pues “aclara y actualiza ejemplarmente la vigencia efectiva de los valores violados por el criminal... no sugiere a la teoría sistemática reflexión alguna sobre posibles alternativas al actual modelo penitenciario –ni, menos aún, al actual modelo de sociedad-, sino el refuerzo eficaz del sistema penal”.¹¹⁸ Así pues, éste modelos tienden a justificar el *status quo* de la sociedad, pues no son críticos de los factores que originan la criminalidad; lo que respecto a la prisión preventiva tiene consecuencias graves para los sujetos a proceso, pues el poder punitivo a través del legislador opta por mantener un criterio extremadamente proteccionista de la funcionalidad a costa de la libertad del sujeto y su legítimo derecho a la presunción de inocencia.

¹¹⁵ JIMÉNEZ Ornelas, René A., “*El secuestro: uno de los males sociales del mexicano*”, visible en el sitio de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 24 de diciembre del 2015, P.275.

biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/244.pdf

¹¹⁶ BERNALDO de Quirós, Constancio. “*Una polémica sobre la normalidad del delito*” visible en el sitio web consultado el 12 de enero del 2015.

dialnet.unirioja.es/download/articulo/743416.pdf

¹¹⁷ PABLOS de Molina, Antonio García, Op. cit., P. 194.

¹¹⁸ *Ibidem*, P.198.

Sin embargo dentro del marco de estas teorías, existen las llamadas teorías del conflicto social que postulan que es a través del conflicto que se logra la integración social; estos conflictos se presentan de modo familiar, bélico, como lucha de clases o luchas políticas, y es por medio de la violencia como se canalizan los conflictos; no obstante la violencia responde a determinaciones sociales de acuerdo a cierto tiempo y espacio, por lo que ésta se legitima como método de transformación social. Así, las teorías conflictuales contravienen la concepción de la Criminología positivista según la cual el orden social se fundamenta en el consenso, la tutela de intereses generales y, la aplicación imparcial de la ley penal. En ese sentido el conflicto es una condición propia de la estructura y dinámica del cambio social; “el comportamiento delictivo es una reacción al desigual e injusto reparto de poder y riqueza de la sociedad”.¹¹⁹

Uno de los sociólogos más representativos de esta teoría es el alemán Ralf Dahrendorf, quien toma los postulados marxistas del materialismo histórico para el desarrollo de su teoría del conflicto social. En ese sentido la acumulación de la riqueza por parte de la clase burguesa a través del control de los medios de producción y la apropiación de la fuerza de trabajo, genera a la que sería su clase antagónica que es el proletariado, y la lucha por el poder entre estos dos grupos da pie al conflicto social transformador.

No obstante, en el postulado de Dahrendorf hay discrepancias con los postulados de Marx y Engels en razón de que considera que la propiedad de los medios de producción, por la clase burguesa, no es el único conflicto entre clases, pues existen diversos factores que influyen en la lucha, como lo es el poder de la clase burocrática, quienes a pesar de que pueden determinar la posesión de ciertos medios de producción propiedad del Estado, mas no dueños de los mismos. Aunado a ello el ejercicio del poder por la clase dominante no se agota en las instancias oficiales como el poder punitivo o el laboral, sino que se trasladan al campo de la vida diaria de los individuos, pudiendo ser incluso más efectivas para interiorizar determinados valores o principios, “el poder toma formas muy sutiles que escapan a esquemas claramente coactivos y se manifiestan en aspectos tales como la manipulación ideológica o la discriminación lingüística, étnica, sexual o religiosa. No

¹¹⁹ *Ibidem*, P. 199.

obstante, poder social y poder económico tienen grandes nexos de unión y se auto-implican”.¹²⁰

Así mismo, Marx considera que la lucha constante entre los intereses de ambas clases a la postre genera una revolución, lo que Dahrendorf critica, **es** que la clase dominante en su afán de impedir la revolución en muchas ocasiones prefiere autotransformarse y adoptar en cierta medida los postulados de su antagónica. En ese sentido Dahrendorf concluye que el motor de la lucha social no es el inequitativo reparto del capital y los medios de producción, sino la desigual repartición de autoridad sobre el otro; así pues, el legislador detenta una autoridad total en materia normativa, así, el Derecho Penal, como instrumento oficial de mayor poder coactivo, tal como cualquier otro medio de control, obedece a los intereses del grupo dominante.

La clase dominante, ha determinado que la prisión, es el medio más gravoso para quien se aparte de los valores oficiales (aunque tales valores no sean los más importantes para la colectividad); en función de ello, la prisión preventiva pasa a tener más que una mera función procesal, la función material de mantener apartados de la sociedad a los peligrosos, detractores y en sí a aquellos que atentan contra los valores o principios –que deben protegerse-, aun sin que exista conocimiento pleno de su responsabilidad en la comisión del delito previamente calificado por el legislador como meritorio de prisión preventiva oficiosa.

2.6.2. Índices delictivos en México.

Los datos referentes a la situación penitenciaria que vivimos, las cifras otorgadas por instituciones oficiales no pueden ser nuestro único valor de referencia, por lo que es viable recurrir a información otorgada por asociaciones civiles y académicas, para lograr tener una visión más clara de cómo es la vida de las personas internas en las cárceles en México. Por ello consideramos que para lograr hacer un estudio certero acerca de cualquier tema que

¹²⁰ GINER, Jesús, “*Conflicto social (teorías del)*”, visible en el sitio web del artículo la revista electrónica publicada por la Universidad Complutense de Madrid consultada el día 5 de enero del 2015.

http://pendientedemigracion.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/C/conflicto_social_teorias.pdf

involucre a la sociedad, es necesario abordarlo no solo jurídicamente, sino que es necesario el enfoque antropológico, y especialmente el sociológico por la complejidad que implica dicha labor.

El lucro económico como finalidad de la actividad criminal está presente en la mayoría de los ilícitos cometidos en nuestro país; ante ello la teoría económica del crimen afirma que para la subsistencia de la sociedad debemos partir del hecho de que el hombre común realiza sus labores productivas con el objeto de la obtención e intercambio de satisfactores, para lo cual debe realizar una valoración individual de las circunstancias que rodean ese intercambio de bienes y la obtención del dinero, así la conducta del hombre promedio es moldeado a través de las instituciones sociales formales e informales que para entender las características de la propiedad y lo que implica ser propietario de los bienes, o en el caso de no serlo, el sujeto debe conocer que conductas no debe realizar para respetar el derecho de propiedad del otro; asimismo las referidas instituciones como la escuela, la familia, los medios de comunicación, la iglesia y demás mecanismos deben encargarse de crear en los sujetos, el entendimiento de que el dinero debe ser obtenido legalmente por medio del trabajo físico o intelectual, o cualquier actividad que no esté expresamente prohibida por la legislación penal o comercial.

Partiendo de ello, la teoría económica del delito, considera que el hombre delincuente no lleva a cabo dicha valoración, desatendiendo la formación implantada por los mecanismos oficiales y no oficiales, trasgrediendo los derechos de propiedad de otros, o bien ejerce conductas ilícitas para obtener algún lucro; en ese sentido propone que “para el logro de una política pública eficiente, debe considerarse que existen individuos que ejercen conductas –no racionales-... y no calculan los beneficios y perjuicios potenciales de su comportamiento antes de ejercerlo”.¹²¹ De ese modo la teoría referida parte del sistema económico cuyas implicaciones se extienden en todos los ámbitos de la vida humana, y que desde hace más de dos siglos imperan con reglas que si bien han favorecido el desarrollo de la vida individual y colectiva, también ha ocasionado una desigualdad

¹²¹ ROEMER, Andrés. *Economía del crimen*, México 2008, Noriega editores, P.133.

generalizada, en el que la minoría es dueña de casi todo, mientras que la mayoría está es dueña de lo mínimo necesario.

La crítica hacia la teoría económica del crimen, parte de que ésta tiende a justificar el *status quo* en cuanto a la propiedad privada, la producción de satisfactores, y las clases sociales, para lo que influye directamente en todas las instancias gubernamentales, ya sea en el sistema legislativo, judicial y administrativo del Estado; para lograrlo Michel Foucault refiere que después de la revolución liberal y “con las nuevas formas de acumulación del capital, de las relaciones de comunicación y de estatuto jurídico de la propiedad, todas las prácticas populares que dimanaban, ya bajo una forma tácita, cotidiana, tolerada, ya bajo una forma violenta del ilegalismo de los derechos, se han volcado a la fuerza sobre el ilegalismo de los bienes”.¹²²

Asimismo, han surgido voces desde el mundo de la doctrina jurídica que critican el sistema legal por promover la desigualdad social y dificultar el acceso a una verdadera impartición de justicia, como lo es el jurista Alessandro Baratta quien afirma que la criminalidad en si es una construcción social basada en una lógica que “tiene sus raíces en las relaciones asimétricas de distribución del poder y de demás resortes en la sociedad”.¹²³

En ese sentido podemos observar dos opiniones expertas respecto al funcionamiento del sistema de administración de justicia, el primero justifica las condiciones en las que vivimos y pugna por el uso de la norma como medio para mantener el orden social y respeto por la propiedad privada, apelando al individuo en lo personal para que con conocimiento de las condiciones materiales esté en capacidad de elegir una conducta respetuosa de la norma y de los derechos de terceros; por otro lado el jurista italiano refiere que la criminalidad es un término cosificado cuyo estudio no parte de sí mismo, sino de abstracciones normativas y enfoques criminológicos que protegen intereses de clase, por lo

¹²² FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, 34° edición, México 2005, Siglo XXI editores P.89.

¹²³ Cfr. BARATTA, Alessandro, “*Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social*”, Universidad de Santiago de Compostela, visible en el sitio web consultado el 6 de enero del 2016.

https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4216/1/pg_014-069_penales12.pdf

que la norma jurídica actúa solamente como herramienta de las élites económicas y políticas para la protección de sus propios intereses y el sostenimiento de sus condiciones favorables sobre el resto de la sociedad.

En nuestra experiencia como ciudadanos y juristas tomamos una posición ecléctica en este asunto, pues concordamos con el hecho de que los instrumentos oficiales y no oficiales nos han introyectado ciertas conductas y valores que no precisamente favorecen a la mayoría, como lo es nuestro semi culto a los bienes materiales y la idea de realización personal a través de la obtención de estos; ello, en claro beneficio de la actividad mercantil y de reducidos grupos que obtienen enormes ganancias por ello, y que son los que se verían más afectados si no existiera el sistema penal como garante de la propiedad privada.

No obstante, entendemos que cada uno de nosotros necesitamos no solo la protección de nuestras escasas o abundantes propiedades, sino también la sensación de sentirnos protegidos por alguna instancia mayor, precisamente por un engranaje legítimo y legal que acuda en nuestro auxilio, en el caso de que un tercero quiera arrebatárnoslo o afectar nuestros derechos de algún modo. En ese sentido reconocemos a la norma jurídica penal como base estabilizadora para que todos los miembros de la sociedad podamos ejercer nuestros derechos y exigir su respeto, lo que no implica que reconozcamos como natural el hecho de que nuestro sistema proteja los bienes materiales al mismo grado que la integridad física, equiparando la gravedad de la medida provisional impuesta al inculpado durante el procedimientos por robo, o por delitos sexuales o que atentan contra la integridad física y la vida misma.

Toda vez que la comisión de delitos patrimoniales o que persiguen fines de lucro económico se han incrementado progresivamente, el Estado se ha empeñado en la protección del patrimonio a través del sistema legal adjetivo y sustantivo. Sin embargo, no podemos adjudicar la situación de inseguridad a un solo factor, pues como lo manifiesta el especialista Alejandro Ornelas Jiménez en su obra Derecho Penitenciario y Criminología; “la violencia que padece actualmente la población mexicana se traduce en un problema de seguridad pública... su origen se encuentra en factores históricos, demográficos,

psicológico, económicos, biológicos, sociales entre otros...”.¹²⁴ La herencia hispánica y prehispánica, la diversidad de pueblos indígenas, las condiciones territoriales y cercanía que tenemos con los Estados Unidos y su influencia ideológica, solo son algunos de los factores que han determinado nuestro desarrollo como nación y consecuentemente en el tema de criminalidad, administración de justicia y readaptación, hoy reinserción social.

De acuerdo con la Incidencia Delictiva del Fuero Común 2013,¹²⁵ el total de delitos denunciados ante las Agencias del ministerio Público a nivel nacional fue de 1 millón 681 mil 077, de los cuales 687 mil 302 fueron tipificados como robo (en sus múltiples variedades), a los que se deben sumar 237 mil 137 denuncias por delitos patrimoniales como el abuso de confianza, fraude, despojo, extorsión y daño en propiedad ajena, es decir aproximadamente la mitad de las averiguaciones previas iniciadas correspondió a delitos patrimoniales.¹²⁶

El mismo tabulador pero del año 2014,¹²⁷ nos arroja que existieron un total de 1 millón 590 mil 331 denuncias presentadas por la presunta comisión de algún delito del fuero común, de las cuales 613 mil 945 fueron calificados como robo en sus distintas modalidades y 217 mil 512,¹²⁸ contra el patrimonio ya referidos; lo que nos arroja más de la mitad de las averiguaciones previas fueron iniciadas por delitos patrimoniales. Para finalizar, la Incidencia Delictiva del Fuero Común 2015,¹²⁹ nos arroja que hasta el veinte de octubre del 2015 se habían denunciado un total de 1 millón 126 mil 900 presuntos delitos, de los cuales 420 mil 865 fueron calificados como robo, y 153 mil 579 delitos patrimoniales (en este último año aún no se consideran los meses de noviembre y diciembre

¹²⁴ JIMÉNEZ Ornelas René Alejandro, et. al. Op. cit., Pp. 75 y 76.

¹²⁵ Ver anexo 8.

¹²⁶ [Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública](http://secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/estadisticas%20del%20fuero%20comun/Cieisp2013_092015.pdf), órgano dependiente directamente de la Secretaría de Gobernación Federal, “*Incidencia Delictiva del Fuero Común 2013*”, visible en el sitio web oficial de la Secretaría de Gobernación Federal consultado el 20 de enero del 2015.

http://secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/estadisticas%20del%20fuero%20comun/Cieisp2013_092015.pdf

¹²⁷ Ver anexo 9.

¹²⁸ [Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública](http://secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/estadisticas%20del%20fuero%20comun/Cieisp2013_092015.pdf), órgano dependiente directamente de la Secretaría de Gobernación Federal. Op. cit.

¹²⁹ Ver anexo 10.

que por cuestiones culturales y económicas existe un mayor índice de delitos patrimoniales).¹³⁰

Toda vez que, aproximadamente la mitad de los delitos denunciados en el fuero común persiguen una afectación directa al patrimonio de las personas, y solo uno de los ilícitos puede desplegarse mediante una conducta culposa (en el caso del daño a propiedad ajena, pues todos los demás necesariamente se cometen a título de dolo), es evidente que lo anterior responde a una carencia generalizada de satisfactores y bienes materiales por parte de un gran sector social, en su mayoría, miembros de comunidades indígenas, obreros, desempleado y en general por personas de escasos recursos que cuyo acceso a servicios como educación, salud y vivienda es limitado

A pesar de lo anterior no debemos olvidarnos de que es difícil cuantificar los índices delictivos solamente por la cantidad de denuncias presentadas ante las instancias administrativas correspondientes, para empezar porque no todos los delitos denunciados se registran en las estadísticas finales, quizá por errores de procedimiento, discrecionalidad o corrupción dentro de los sistemas de procuración y administración de justicia,¹³¹ como lo que ocurre con las llamadas Constancias de Hechos adoptadas por las Procuradurías de Justicia locales y a nivel federal, instancias que acatando órdenes de los titulares del ejecutivo correspondiente, optan por no calificar la existencia de algún ilícito y reducirlo a un “hecho” de interés penal con la intención de disminuir estadísticas criminales e intentar mostrar un avance en el combate a la delincuencia.

Situación que de hecho no ocurre, pues la delincuencia en México es un fenómeno en crecimiento tal como lo demuestra el INEGI en su Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública del año 2015, de acuerdo con que al menos una persona del 33.2% del total de hogares en México fue víctima de algún delito.¹³² En ese sentido podemos afirmar que el fenómeno delictivo alcanza a la mayoría de la sociedad, lo

¹³⁰ [Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública](#), órgano dependiente directamente de la Secretaría de Gobernación Federal. Op. cit.

¹³¹ JIMÉNEZ Ornelas René Alejandro, et. al. Op. cit., Pp.21-22.

¹³² Instituto Nacional de Geografía y Estadística, “*Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública 2015*”, Op. cit.

que refleja la ineficacia de las políticas criminales, al menos en los niveles primario y secundario de prevención del delito; ello genera una carga excesiva en el sector terciario de prevención delictiva que incide directamente en el sistema penitenciario y la reinserción social del hombre delincuente.

2.6.3. Administración de justicia en México.

En nuestro país, el tema de administración de justicia es uno de los puntos de mayor importancia para lograr establecer un régimen democrático, en el que se otorgue pleno respeto al ejercicio de los derechos fundamentales contemplados en nuestra Carta fundamental y en diversos tratados internacionales. El Estado tiene la responsabilidad de elaborar una normatividad consensuada y hacerla cumplir; y para ello debe procurar la estructura e infraestructura necesaria, que permita su efectiva aplicación.

De acuerdo con el Maestro José Ovalle, la administración de justicia comprende todos los órganos encargados de ejercer la función jurisdiccional, aunque no formen parte del poder judicial,¹³³ así los órganos del sistema penitenciario que dependen directamente del ejecutivo ya sea federal o estatal, están incluidos dentro de la maquinaria encargada de impartir justicia. Por ello en esta investigación contemplaremos solamente a los Tribunales penales federales y del fuero común.

2.6.3.1. Índices generales de administración de justicia.

El Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2014,¹³⁴ realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en el fuero común los Tribunales Superiores de Justicia de cada una de las entidades federativas y el Distrito Federal, en el país existen 4 mil 861 órganos jurisdiccionales (aquellos órganos estatales atendidos por jueces y/o

¹³³ OVALLE Favela, José. “*La administración de justicia en México*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 17 de mayo del 2014. P. 271. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/474/5.pdf>

¹³⁴ Instituto Nacional de Geografía y Estadística, “*Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2014*”, visible en el sitio web del Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, consultado el día 12 de mayo del año 2015. http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/productos//prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825068592.pdf

magistrados, encargados de la impartición de justicia, los cuales conocen de los juicios y pronuncian sus sentencias).

Por su parte el Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal del año 2013, arrojan que a nivel nacional el número de Juzgados asciende a 4 mil 424; el mayor número de órganos jurisdiccionales se concentró en los Juzgados de Menor cuantía o de Paz con 2 mil 034; en seguida están los órganos registrados en materia penal con 745 y civil con 706 órganos jurisdiccionales.¹³⁵ Proporcionalmente México cuenta con aproximadamente 2.90 jueces por cada 100 mil habitantes; siendo los Estados con el mayor número de Jueces, Campeche con 8.7; Sinaloa con 5.99, Chihuahua con 5.28, y Guerrero con 4.06 Jueces por cada 100 mil habitantes. Mientras que las entidades federativas con el menor número de Jueces por cada 100 mil habitantes son Puebla con 1.08, Hidalgo con 1.84 y, Baja California con 1.86.¹³⁶

La relación de la cantidad de órganos jurisdiccionales, con nuestro tema de investigación, es bastante estrecha, pues como lo hemos referido, es derecho fundamental de las personas la impartición de justicia de manera pronta y expedita; así la escases de autoridades jurisdiccionales penales (menos de 2.9 jueces por cada 100 mil habitantes), aunado a la excesiva carga de trabajo y demás factores, genera que la mayoría de los juicios demoren para resolverse, necesitando más tiempo de lo ordenado por las normas procesales.

En ese sentido y como respuesta a ésta problemática, el legislador ha optado por la introducción de la oralidad dentro de los juicios para favorecer la celeridad de las resoluciones; otra de las herramientas usadas por el legislador es la eliminación (en materia penal) de la valoración tasada de la prueba, para optar por la valoración razonada o de la sana crítica. Hasta antes de la reforma constitucional penal del año 2008, el mayor intento por promover la celeridad en los procesos penales, fue la promovida por el Doctor Sergio

¹³⁵ Instituto Nacional de Geografía y Estadística, “*Estadísticas de Gobierno, Seguridad Pública y Justicia Estatal 2013*”, visible en el sitio web del Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, consultado el día 3 de mayo del año 2014.

<http://www.clear-la.cide.edu/sites/default/files/Day%2020Peer%20Learning%20Visit%20INEGI%204.pdf>

¹³⁶ Ídem.

García Ramírez en el año 1971, en virtud de la cual se instauró el procedimiento sumario voluntario para los procesados, cuya sanción no exceda de 5 años de prisión; sin embargo, este beneficio se vio reducido en la *praxis*, especialmente en los tribunales del fuero común.

El tema presupuestario es bastante relevante en esta materia, pues podemos saber cuántos recursos económicos el Estado mexicano gasta en la administración de justicia, pues el Poder Judicial tiene la gran responsabilidad de salvaguardar la vigencia del conjunto de principios y ordenamientos presentes en la Constitución, así como hacer valer la legalidad que rige los diferentes espacios de convivencia social; así por lo menos en el discurso está justificada la erogación de recursos materiales en este apartado. De acuerdo al Censo Nacional de impartición de Justicia Federal 2011-2013 elaborado por el INEGI, el presupuesto asignado para el poder judicial de la federación (incluyendo a la SCJN, al TEPJF y al CJF), supera los siete mil millones de pesos, es decir, en los tres años se ha gastado una décima parte del producto interno bruto del año 2012 de acuerdo a cifras otorgadas por el Censo Económico del INEGI.¹³⁷

Por su parte, el presupuesto asignado para el poder judicial de las entidades federativas, varía en cada una de los estados; no obstante en cuanto a la aportación del gobierno federal, debemos remitirnos a la Ley de Egresos de la Federación y al capítulo 1'000 del Clasificador por Objeto del Gasto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.¹³⁸ Así, la aportación del Estado al poder judicial cada entidad federativa es diferente y se destina a los servicios personales; ministros y suministros; Servicios generales y; subsidios y transferencias. De acuerdo con la información del Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2014, del presupuesto ejercido por tribunales superiores de justicia y consejos de la judicatura durante 2013, en promedio casi el 84 % se destinó a servicios personales, más del 2.7 % a materiales y suministros, y arriba del 8 % a servicios generales.

¹³⁷ Ver anexo 11.

¹³⁸ Cfr. Secretaría de Hacienda y Crédito Público, “*Clasificador por Objeto del Gasto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público*”, visible en el sitio web del Diario Oficial de la Federación, consultado el día 20 de abril del año 2015.

http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5286179&fecha=30/01/2013

2.6.3.2. Administración de justicia en Materia Penal.

Antes de entrar al estudio estadístico en esta materia, es conveniente establecer un marco temático de los datos a obtener y que nos sean útiles para resolver nuestra hipótesis. Como lo hemos referido, uno de los mayores problemas en la praxis del derecho punitivo es la prolongación de los procesos, problemática que en gran manera se debe al déficit de recursos personales y materiales, en relación con la inmensa cantidad de procesos que a su vez es causado por un incremento delictivo, lo que en sí indica un fracaso al menos parcial de las políticas criminales desplegadas por las autoridades, lo que será objeto de estudio más adelante.

Volviendo al tema de la dilación procesal, tiene relación directa con la privación provisional de la libertad de los procesados, pues en los casos en que se esté procesando a una persona, por la comisión de un delito grave, determinado por la ley, mientras no se dicte sentencia en el proceso, el individuo permanecerá bajo prisión preventiva, vulnerando el principio a su derecho a la libertad con las implicaciones que eso conlleva y a su derecho a la administración de justicia pronta, contenido tanto a nivel constitucional como convencional.

Así, entremos al estudio de las cifras que nos otorga el Consejo de la Judicatura Federal respecto de los asuntos en materia penal ingresados y resueltos por juzgados y tribunales federales dentro del periodo que abarcan los años 2009 al 2012. La información oficial nos arroja resultados muy interesantes; el primero de ellos es que al menos en primera instancia, se ha presentado una mayor actividad del aparato punitivo estatal, lo que por una parte implica incremento delictivo y en consecuencia un mayor desgaste para la sociedad y sus integrantes como víctimas de esta conducta ilícita; y por otra un mayor desgaste para los órganos del estado involucrados en el proceso punitivo.

Así, durante tres años solamente en el fuero federal se han ingresado cerca de un millón de procesos penales, muestra de la excesiva carga de trabajo, pues en el país existe en total de 729 órganos jurisdiccionales, distribuidos en 239 tribunales colegiados, 96

tribunales unitarios, y 394 juzgados de distrito;¹³⁹ no obstante debemos considerar que en cumplimiento a lo ordenado por la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, los tribunales federales están divididos de acuerdo a la materia, es decir, hay tribunales que solo conocen de materia civil y mercantil excluyendo otras materias, asimismo hay tribunales que conocen exclusivamente de la materia penal y administrativa. Cabe considerar que en el año 2013,¹⁴⁰ del total de sentencias en materia penal dictadas por tribunales federales, un 44.35% fueron sentencias condenatorias, mientras que el 4.44% se dictaron absolviendo al procesado y la gran mayoría del 51.22% en otro sentido (reposición de procedimiento, desistimiento de la acción penal; sobreseimiento del juicio, etc.).

Por lo que a pesar de que anualmente se resuelven cientos de miles de procesos, apelaciones, recursos y amparos en materia penal, el índice de crecimiento y rezago es innegable al existir un patrón constante de incremento en los procesos penales, generando que año con año cada tribunal federal comienza con más procesos abiertos de resolución pendiente; ello repercute directamente en la cantidad de internos sentenciados, y más aún en aquellos internos en prisión preventiva, pues retrasa la resolución de sus procedimientos, prolongando la duración de la medida al límite de la ley, y dependiendo de la gravedad del asunto, la dificultad de desahogar los medios probatorios oportunamente y cantidad de procesados, por lo que los imputados dentro de los juicios en materia federal son recluidos por un término mayor al legal.¹⁴¹

En el fuero común, la obtención de información estadística es más compleja en función de la cantidad de órganos involucrados, así como el hermetismo usual en materia penal y penitenciaria. No obstante a través de información brindada por los estados al INEGI para la realización del censo en materia de impartición de justicia correspondiente al año 2013, se reporta que el total de expedientes ingresados en la primera y segunda

¹³⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Anexo número 13 del Informe estadístico en materia de transparencia correspondiente al año 2013”, visible en el sitio web oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 14., consultado el 16 de agosto del año 2014. https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/2013EstIntro/intro_2013.pdf

¹⁴⁰ Ídem.

¹⁴¹ Ver anexo 12.

instancias en materia penal a nivel nacional, fue de 347 mil 643; de los cuales la primera instancia abarcó el 69.1% de los expedientes, siendo un total de 240 mil 108, mientras que en apelación se tramitaron 107 mil 535, es decir, el 30.9%.

Estos datos nos ofrece varios indicadores, pues por una parte, nos informan la cantidad de procesos penales que es casi el doble que los que se ventilan en el fuero federal, ello es así en virtud de que como lo comprobaremos en seguida, los ilícitos más frecuentes son aquellos que atentan contra el patrimonio de las personas, lo que en la mayoría de los casos es previsto y sancionado por las legislaciones penales locales. Por otra parte nos ofrece información en cuanto a la “calidad” con la que se dictan las sentencias de primera instancia, pues mientras mejor sustentadas estén, el índice de recursos interpuestos en su contra disminuye.

El citado Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal en su apartado denominado “Tasa de resolución en primera instancia” nos ofrece un dato bastante importante para nuestro caso, pues hace un estudio estadístico de la capacidad estatal de cada una de las entidades federativas para saber si el sistema punitivo tiene capacidad material y humana para hacer frente a las necesidades sociales. “La tasa de resolución, resulta de dividir el total de bajas, entre los expedientes abiertos en el mismo periodo. Cuando la tasa es mayor a uno, debe entenderse que el sistema judicial no sólo es capaz de enfrentar los servicios que se presentan durante el año, sino que además puede atender otros casos que se encontraban en existencia o trámite al inicio del año. En cambio, cuando la tasa es menor a uno, se entiende que la demanda excede la capacidad de respuesta del sistema penal. Finalmente, cuando la tasa es igual a uno, implica que los órganos jurisdiccionales son capaces de resolver, y dar de baja, un número de expedientes igual al que ingresó durante el año, pero no se encuentran en posibilidad de atender más, por lo que el número de expedientes o asuntos pendientes de resolución al iniciar el periodo, muy probablemente permanecerá sin cambio”.¹⁴²

¹⁴² Instituto Nacional de Geografía y Estadística, “*Estadísticas de gobierno, seguridad pública y justicia estatal, 2013*” Op. cit.

Así la gran mayoría de entidades federativas no cumplen con la expectativa en materia de administración de justicia, pues solo 13 Tribunales Superiores de Justicia de los 31 existentes tienen un desempeño procesal óptimo para dar abasto el índice de ingresos y egresos de expedientes anualmente en el sistema judicial. Es preciso mencionar que entidades federativas como Puebla, Quintana Roo, Oaxaca, el Distrito Federal y Chiapas, tengan un déficit de más del 50 % en administración de justicia.

Curiosamente hasta antes de entrada en vigor del sistema acusatorio penal, referidos estados en sus códigos procedimentales penales tenían algunos de los catálogos más amplios en cuanto a delitos graves acreedores de prisión preventiva oficiosa;¹⁴³ entonces no debe sorprendernos que en estas entidades federativas los procesos penales tengan una prolongada duración en detrimento de los procesados, sobre todo en contra de aquellos que están privados de su libertad preventivamente. Según cifras aportadas por la organización no gubernamental REINSERTA, más del 75% de los sentenciados no conocieron al Juez ante el que se ventiló el proceso y dictó sentencia,¹⁴⁴ lo que es un serio indicador de la grave situación de ilegalidad que vive el sistema de administración de justicia penal.

Respecto del fuero común, el total de procesos comprendidos entre 1 de enero y el 31 de diciembre de 2013, los órganos jurisdiccionales en las entidades federativas abrieron un total de 215 mil 638 causas penales en primera instancia, en las cuales se resolvieron un total 190 mil 805, quedando pendientes de resolución 149 mil 852, considerando aquellas rezagadas de años anteriores;¹⁴⁵ así el déficit de procesos sin resolver es aproximadamente del 75% anual. Tan solo las cuatro entidades federativas supra citadas y que aportan la cantidad de 47 mil 247 procesos penales abiertos durante el año, lo que aunado a la incapacidad de respuesta o resolución por parte del poder judicial y el sistema punitivo en general, implica una constante violación al derecho de impartición de justicia pronta y expedita.

¹⁴³ Ver anexo 13.

¹⁴⁴ Reinserta, organización no gubernamental encargada del estudio en materia penitenciaria, información visible en el sitio web de dicha organización, información consultada el 6 de febrero del año 2014. <http://www.reinserta.org/>

¹⁴⁵ Instituto Nacional de Geografía y Estadística, “*Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2014*”. Op. cit.

Antes de continuar con la información estadística en materia penitenciaria, nos es de gran interés hacer un estudio respecto de los delitos cometidos tanto en el fuero federal, como en el fuero común; lo anterior tiene utilidad para saber qué tipo de ilícitos son los más comunes en nuestra sociedad, así como cuáles son los bienes jurídicos mayormente vulnerados por el fenómeno delictivo. Para ello nos remitimos nuevamente al Censo Nacional de Impartición de Justicia Federal correspondiente a los años 2010 a 2012, y que nos indica que los ilícitos por los que más procesos se ventilan en los Juzgados de Distrito son: Delitos contra la salud; delitos contra las personas en su patrimonio; delitos previstos en el Código Fiscal de la Federación; delitos previstos en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y; el delito de falsedad.¹⁴⁶

Por último tenemos que entrar al estudio de las sanciones impuestas; el maestro Guillermo Zepeda en su conferencia sobre el uso excesivo de la prisión preventiva señala que el 70% de las personas condenadas por el sistema de justicia en primera instancia reciben menos de 3 años de prisión. La información criminológica realizada por Centro de Investigación y Docencia Económicas en reclusorios del centro del país, nos arroja que los bienes jurídicos más valiosos para los miembros de la sociedad no son especialmente los más vulnerados por el fenómeno delictivo, pues estadísticamente los delitos que más se presentan son aquellos que atentan contra el patrimonio de las personas, y no contra la vida o la integridad física

Así la investigación encontró que la mayoría de los reclusos de los penales de la región estudiada, estaban sancionados o procesados por el delito de robo; de ellos, 50% había robado menos de 6 mil pesos y 25% menos de mil pesos. En esos términos, en la gran mayoría de los casos los delitos por los que se investiga, proceso y sentencia se trata de delitos que no solo no ponen en riesgo bienes jurídicos de alto valor, sino que se reducen a delitos patrimoniales en los que el daño perpetrado es relativamente bajo en comparación con los costos que implica el procesamiento y reinserción social para el Estado.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Ver anexo 14.

¹⁴⁷ ZEPEDA Leucona, Guillermo, “*El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México*”, ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la

2.7. De la Prisión preventiva.

La prisión preventiva es una institución cuyo estudio y justificación son temas relativamente modernos, pues tradicionalmente se los estudios se han canalizado a la naturaleza, fines y objetos de la prisión como sanción. En sus inicios la prisión preventiva estuvo regulada desde un punto de vista formal, parecido a las medidas cautelares impuestas en materia civil, “sin considerar que debe construirse una teoría, desde las peculiaridades de los fines a los que sirve el proceso penal”.¹⁴⁸

La prisión provisional es una medida cautelar que se contrapone a la presunción de inocencia en función de los objetivos del procedimiento penal, es decir, restringe los intereses del imputado para asegurar que los fines del procedimiento se logren, “la difícil empresa de conciliar la necesidad de proteger a la sociedad y, en especial, a la víctima u ofendido del delito, con la obligación del mismo Estado de derecho de respetar los derechos fundamentales del individuo sujeto a proceso”.¹⁴⁹

Al investigar a la prisión preventiva dentro de la doctrina del Derecho Procesal Penal, Claus Roxin la coloca dentro de las denominadas medidas coercitivas e ingerentes en los derechos fundamentales, necesarias para asegurar el proceso y la ejecución de la posible pena; de acuerdo al famoso penalista alemán las medidas coercitivas aplicadas por la autoridad se clasifican en las que atentan contra la libertad personal como lo es la prisión preventiva y el internamiento en instituciones psiquiátricas; por otro lado están las medidas que atentan contra la integridad corporal como lo son extracciones de muestras sanguíneas; las que atentan contra el derecho a la inviolabilidad del domicilio, como las órdenes de cateo; las que atentan contra la propiedad, como el embargo de bienes y aseguramiento

Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio web de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 22 de febrero del año 2014.. P.37.
<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-516s.pdf>

¹⁴⁸ CHACÓN Rojas Carlos Oswaldo y Natarén Nandayapa Faustino, “*Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Penal Acusatorio*”, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, visible en el sitio web de la SETEC, p.123, consultado el 18 de diciembre del 2015.

<http://setecc.egobierno.gob.mx/files/2013/03/Las-medidas-cautelares-en-el-procedimiento-penal-acusatorio.-Cacon-Rojas.pdf>

¹⁴⁹ *Ibidem*. P.3.

judicial, y; finalmente las que atentan contra el derecho de autodeterminación informativa, que se resumen en el empleo de bases de datos y medios electrónicos de búsqueda de información.

Estas medidas que deben ser autorizadas por la autoridad jurisdiccional a petición del fiscal, con la excepción de la flagrancia, y peligro de demora en los que la autoridad ministerial podrá determinar provisionalmente la detención del sujeto y el aseguramiento de ciertos bienes en pos de la protección de la víctima, el correcto desarrollo de la investigación y el aseguramiento del probable responsable.¹⁵⁰

El experto en la materia Guillermo Zepeda Leucoma la define como “la privación de la libertad de una persona procesada antes de que se determine su culpabilidad”;¹⁵¹ descripción que resulta simple sin embargo ofrece la principal característica de esta figura y es que es impuesta con anterioridad al dictado de una sentencia. Por su parte Alberto Garrone la define como la “medida de seguridad adoptada por la autoridad judicial que entiende el asunto, a efectos de evitar que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia”,¹⁵² así otra característica de esta figura es que su imposición es facultad exclusiva del órgano judicial que conoce del proceso, a solicitud del fiscal acusador, de otra parte el mismo refiere el autor que la finalidad de prisión preventiva es la de asegurar que la posible pena sea impuesta al infractor, es decir, que el procesado compurgue su sentencia en prisión. Luigi Ferrajoli respecto a lo afirmado por Cesare Beccaria la considera una pena “que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito”,¹⁵³ elevando esta medida cautelar al nivel de pena, con lo que estamos parcialmente de acuerdo, pues si consideramos las dos figuras de manera fáctica en cuanto a la repercusión material que tiene en el individuo, en el sistema penitenciario y en la sociedad en general; no obstante los fines de la prisión como pena y la prisión preventiva no son los mismos.

¹⁵⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, traducción de la 25° edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires 2000. Editores del Puerto, pp. 249 y 250.

¹⁵¹ ZEPEDA Leucoma, Guillermo, , “*El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México*”, Op. cit. P.15.

¹⁵² GARRONE, José Alberto, Op. cit., P.545.

¹⁵³ FERRAJOLI Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 6° edición, España 2004, Editorial Trotta, P.52.

Para el jurista español Miguel Fenech la prisión preventiva es una medida cautelar personal que puede imponerse por distintas razones, como la protección de los medios de prueba y el aseguramiento de la imposición de la pena;¹⁵⁴ por su parte Eugenio Florian para definir a la prisión preventiva se remite a sus dos fines que son la seguridad de la víctima y, que los medios de prueba no sean alterados o destruidos. Claus Roxin la define como “la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena”.¹⁵⁵ “Es el internamiento del individuo destinado –a mantener a los procesados en seguridad durante la tramitación del sumario, en aquellos casos expresamente señalados por la ley”.¹⁵⁶

El maestro García Ramírez, en su obra Derecho Procesal Penal cita lo aportado por Gian Domenico Pisapia quién afirma que los fines de la prisión preventiva se han modificado históricamente, pues en primer término simplemente era utilizada a modo de ejecución anticipada de la pena, en un sentido de prevención general, es decir, su imposición sobre el sujeto a proceso tenía el objeto de inhibir conductas similares por otros miembros de la sociedad, consecuentemente posibilitando la ejecución de la pena impuesta en sentencia; figura que posteriormente fue implementada para la protección de la sociedad en general.¹⁵⁷

En nuestro país hasta antes de la reforma penal del 2008, constitucionalmente solo se abordaban dos puntos de la prisión preventiva, el primero era que solo podía ser impuesta por delitos merecedores de sanción privativa de libertad y; que los internos procesados y sentenciados estarían separados en los centros penitenciarios; dejando a los congresos locales amplias facultades para formular dentro de su competencia los pormenores de esta figura; lo que tuvo como consecuencia que sin lineamientos estrictos y

¹⁵⁴ ROSAS Torrico, Marcia Amparo, “*Peligro de fuga y prisión preventiva*”, visible en el sitio web de la organización académica Librería y Ediciones Jurídicas, consultado el 24 de junio del 2015. <http://librejur.net/librejur/Documentos/RevistaVirtual/2013/07%20-%20ROSAS.pdf>

¹⁵⁵ ROXIN Claus, Op. cit., P.257.

¹⁵⁶ DE PINA Vara, Rafael, Diccionario de Derecho, 36ª. Edición, Porrúa, México 2008, P.419.

¹⁵⁷ URIBE Benítez, Óscar, Op. cit., P.23.

precisos los congresos continuaran legislando en esta materia sin un verdadero apego a la naturaleza y objeto de esta institución.

2.7.1. Su naturaleza.

A partir de las definiciones referidas, podemos desprender los presupuestos que determinan la naturaleza de la prisión provisional. El desarrollo de la teoría de las medidas cautelares en el ámbito penal hace necesario un estudio de ponderación entre el derecho a la presunción de inocencia que obra a favor del acusado; contra la necesidad de protección de bienes jurídicos que protege el sistema penal. De acuerdo con Piero Calamandrei los principios que rigen a las medidas cautelares (a las que él llama medidas provisionales para distinguirlas de las demás providencias judiciales), son los de provisionalidad; excepcionalidad (para el caso de la prisión preventiva); instrumentalidad; su naturaleza jurídica de relación a término; peligro en la demora y; apariencia de buen derecho.

La prisión preventiva no debe ser usada como regla general sino como excepción; así lo contempla el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva y se refiere a que esta medida debe ser utilizada como *ultima ratio* para garantizar el desarrollo del juicio los fines del procedimiento penal, es decir, al ser esta medida cautelar la más grave para el individuo sujeto a proceso, se debe optar por la utilización de otras medidas que aseguren el cumplimiento de los fines del proceso penal, sin la necesidad de privar al imputado de su libertad, ello en concordancia con el principio de presunción de inocencia que rige a nuestro sistema punitivo acusatorio.¹⁵⁸ Precisamente en virtud de lo anterior la norma procesal penal aplicable debe contemplar otras medidas menos gravosas que no recaigan en la libertad personal del individuo.

El principio de proporcionalidad, de acuerdo al maestro García Ramírez se refiere a que la medida cautelar adoptada debe guardar proporción con las necesidades propias del caso concreto, ello en correspondencia con las características de cada una de las medidas cautelares; durante los debates que se presentaron al elaborar la reforma constitucional

¹⁵⁸ CARBONELL, Miguel, “Prisión Preventiva”, visible en el sitio oficial de Miguel Carbonell, consultado el 18 de marzo del 2016.

http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Prisi_n_Preventiva.shtml

penal, la Cámara de Diputados optó por considerar que la medida cautelar que se imponga dentro del proceso debe ser proporcional tanto al delito que se imputa, como a la necesidad de cautela,¹⁵⁹ entendiendo a ésta última como “la necesidad de aplicar la medida de coerción para evitar con ello que el imputado efectúe actos que tengan por objeto impedir la realización del juicio o la aplicación de la sentencia”;¹⁶⁰ así el término de necesidad de cautela se convierte en un método genérico usado para determinar el “peligro” de que los fines del proceso penal no se logren, lo que en la praxis ha fundamentado que la gravedad del delito cometido sea utilizado como parámetro para determinar la procedencia de la medida cautelar más invasiva, en el caso, la prisión preventiva.

El principio de provisionalidad o temporalidad se refiere a que las medidas de seguridad se rigen en un ámbito de tiempo, y como el propio jurista lo refiere, se diferencian de todas las otras providencias jurisdiccionales “no por la calidad de sus efectos, sino por una cierta limitación en el tiempo de los efectos mismos”;¹⁶¹ en este sentido se encuentra justificado que la medida cautelar deberá incidir en la esfera jurídica del individuo en diferente grado dependiendo de la medida cautelar impuesta, lo que es independiente al hecho de que la misma deberá regir solo el lapso que dura desde su imposición hasta el dictado de una nueva resolución que le ponga fin, es decir, la “decisión judicial que otorga la medida cautelar está, por su naturaleza destinada a agotarse”.¹⁶²

En ese sentido la prisión preventiva no debe durar indefinidamente, sino que dejará de surtir sus efectos cuando la sentencia definitiva sea pronunciada, momento en el que si el

¹⁵⁹ GARCÍA Ramírez, Sergio. *La Reforma Constitucional Penal (2007-2008), ¿democracia o autoritarismo?*, 4° edición. México 2010, editorial Porrúa, P. 100.

¹⁶⁰ SEREY Torres, Gonzalo Álvaro, “Una Libertad Procesal: Análisis y Proposición Constitucional (un “approach” de la libertad provisional en torno al nuevo proceso penal)” Revista Ius et Praxis, publicada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, correspondiente al Año 7 N° 2: 273 - 283, 2001, visible en el sitio web consultado el 20 de julio del año 2015.

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122001000200012&script=sci_arttext

¹⁶¹ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las Providencias Cautelares*, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, visible en el sitio web consultado el 25 de octubre del 2014.

<https://espanol.free-ebooks.net/categoria/ciencias-sociales/015464...calemandrei.pier-intr.estudio.med-caut.pdf>

¹⁶² CHACÓN Rojas Carlos Oswaldo y Natarén Nandayapa Faustino. Op. cit., P.21.

procesado es condenado, el tiempo que haya pasado privado de su libertad bajo prisión provisional será computado como ejecución de la sanción, o si bien el procesado es absuelto, será puesto en libertad a excepción de que el fiscal apele la resolución en cuyo caso la libertad de tránsito del interno estará de acuerdo a lo que se dicte en la sentencia de segunda instancia.

En cuanto al principio de instrumentalidad, se refiere a que las medidas cautelares tienen como utilidad “asegurar un hipotético cumplimiento de otra resolución que puede ser dictada con posterioridad. En este sentido, las medidas cautelares son un instrumento al servicio de la sentencia definitiva”.¹⁶³ En concreto, esta medida tiene un propósito de cautela por lo que carece en sí misma de una finalidad, o en otras palabras, que debe ser utilizada como un medio para lograr otros objetivos, que son los del proceso penal”.¹⁶⁴

En caso de prisión preventiva es un instrumento del sistema punitivo para garantizar que en determinado momento la sentencia definitiva podrá ser ejecutada; esto tiene estrecha relación con el objeto de la misma que abordaremos adelante.

El principio de Naturaleza jurídica de relación a término, se refiere a que las medidas cautelares pueden ser modificadas a petición de parte, siempre que las circunstancias cambien, y que no se haya resuelto el juicio en definitiva; este principio tiene estrecha relación con el de temporalidad pues con la resolución de fondo, la medida cautelar pierde *ipso iure* toda eficacia, sin necesidad de que el pronunciamiento que resuelve el juicio la revoque, por lo que en la sentencia definitiva no se realiza nuevo examen respecto de la legitimidad de la medida cautelar. Así, el pronunciamiento de la resolución principal funciona como causa extintiva de los efectos de la resolución, que otorga la medida cautelar no solamente cuando declara que el derecho en previsión de la existencia del cual ha sido emanada no existe, sino también cuando declara que existe; en

¹⁶³ Ídem.

¹⁶⁴ KOSTENWEI, Ezequiel, “La prisión preventiva: interpretando su estructura”, Prisma jurídico, vol. 14, 2 julio-diciembre, 2015, Universidad Nove de Julho, Sao Paulo, Brasil, p.75, visible en el sitio web del Sistema de Información Científica REDALYC, Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, consultado el 16 de noviembre del 2015.

<http://www.redalyc.org/pdf/934/93444243003.pdf>

ese sentido el fallo cautelar es la declaración definitiva de la existencia de las condiciones necesarias suficientes para obtener la constitución de una relación jurídica a término, destinada a tener eficacia, *rebus sic stantibus*, hasta la emanación del fallo principal.¹⁶⁵

El Peligro en la demora es una de las características más importantes de las medidas cautelares, es la justificación de la imposición de cualquier medida cautelar; este habla del peligro de daño a bienes jurídicos en virtud del retraso en el dictado de sentencia definitiva. Para Calamandrei la procedibilidad de la providencia cautelar requiere la presencia de un interés jurídico que pueda ser vulnerado por la demora de la producción de la providencia definitiva, razón por la que el órgano jurisdiccional deberá dictarla sin retardo para proteger efectivamente el bien jurídico en peligro y no se consuma un daño irreparable al derecho.¹⁶⁶ En el *periculum in mora* como base de las medidas cautelares, no es el peligro genérico de daño a los bienes jurídicos lo que se prevé, sino el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo del proceso de dictar la sentencia definitiva.

En otras palabras, el peligro en la demora es el surgimiento de una afectación al derecho, o el agravamiento del daño ya existente en el momento de la noticia *criminis* y el dictado de una sentencia definitiva, lo que es inevitable a causa de que debe desahogarse una serie de etapas del proceso ordinario, haciéndolo en muchas ocasiones lento.¹⁶⁷ En síntesis para Calamandrei el interés legítimo para solicitar al juez una providencia cautelar, es necesario que a los elementos de prevención y urgencia se añada un tercero, en el caso la dilación para resolver en definitiva que es en el que reside el alcance característico del *peculium in mora*.

En ese sentido, la prisión preventiva cumple con los requisitos establecidos por la teoría general de las medidas cautelares, pues en efecto son instrumentos provisionales que sirven a objetivos precisos dentro del procedimiento penal, lo que hace que la esencia de su

¹⁶⁵ CHACÓN Rojas Carlos Oswaldo y Natarén Nandayapa. Op. cit., P.25.

¹⁶⁶ MORELLO Mario, Augusto, y Vescovi, Enrique, “*Medidas Provisionales y medidas cautelares*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 29 de septiembre del 2015.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2047/12.pdf>

¹⁶⁷ CHACÓN Rojas Carlos Oswaldo y Natarén Nandayapa Faustino. Op. cit., P. 126.

naturaleza sea la de ser procedimental y no una pena anticipada; sin embargo, durante la vigencia del sistema inquisitivo mixto en nuestro país se abusó de esta institución, contemplándola como la única providencia cautelar a imponer en una gran diversidad de ilícitos que la legislación secundaria consideraba graves y por ello el imputado no era merecedor de la posibilidad de gozar de la libertad bajo caución, por lo tanto si bien esta medida cautelar cumple con los elementos generales referidos en la teoría y legislación extranjera, ello no implica que la imposición oficiosa de ésta, obedezca a la peligrosidad del sujeto imputado o a la apremiante necesidad de que se dicte una sentencia definitiva en el caso concreto, pues ni siquiera permite que el juzgador valore las condiciones en las que se cometió el supuesto hecho ilícito.

2.7.2. Su objeto.

En principio debemos entender que la prisión preventiva como todas las otras medidas cautelares, obedece a concretar los fines del propio proceso penal, que podemos resumir en la imposición de una pena para el responsable y la reparación del daño causado a la víctima u ofendido, de ahí su naturaleza instrumental. Partiendo de ello, procederemos a estudiar particularmente el objeto de esta medida cautelar en particular, y que en su mayor parte han sido expresados en las definiciones otorgadas por los doctrinarios y que han sido implementadas en lo general por los órganos legislativos dentro de los Estados con régimen jurídico y político de corte democrático.

Sin olvidar lo referido por los autores *supra* citados, tomaremos lo advertido por Alberto Garrone, quien concluye que el fin de la prisión preventiva es el de evitar que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia; con lo que parcialmente concordamos, pues si bien una de las finalidades del proceso penal en sí, es que el culpable sea sancionado, para lo cual tenerlo físicamente disponible es de gran ayuda para ejecutar la pena.

Sin embargo, la anterior no es la única manera de hacerlo, pues es posible asegurar la presencia física del imputado a través de medios menos gravosos, como lo son medidas cautelares alternas, dentro de las que se incluyen la garantía económica, presentaciones periódicas ante la autoridad, medios electrónicos que permitan al órgano judicial conocer la

ubicación del imputado en tiempo real, embargo de bienes, restricciones para acudir a ciertos lugares o contactarse con determinadas personas, entre otras medidas, que como lo hemos mencionado, cumplen con la función de asegurar la posible ejecución de la norma penal, y actualmente se encuentran contempladas en nuestro ordenamiento procesal acusatorio, por lo tanto no es menester invadir al máximo la esfera jurídica del procesado únicamente para garantizar la ejecución de la pena.

Ahora, los fines de la prisión preventiva para Miguel Fenech son dos: el aseguramiento de la imposición de la pena, y la protección de los medios de prueba. El primer fin referido, es el mismo que señalamos con anterioridad y como lo hemos mencionado, no es suficiente para justificar la privación de la libertad de un individuo inocente; sin embargo, el autor nos proporciona un segundo objeto referente a la utilidad netamente procesal, es decir, no trata sobre la pena sino un punto específico de la secuela procesal a seguir, en el caso la conservación de los medios de crédito que pudieran inculpar al procesado. Es sabido que los delincuentes sabedores de su fechoría en algunos casos aprovechan de su libertad para destruir o alterar los medios de prueba en su contra que puedan ser exhibidos por la fiscalía; práctica que lamentablemente afecta el desarrollo y sobre todo la conclusión del proceso en el dictado de la sentencia.

Por lo que, según lo anterior podemos argumentar que si bien existe un peligro en que los medios de prueba sean alterados por el imputado, también es cierto que en México la mayoría de sujetos internos bajo el régimen de prisión preventiva fueron detenidos en flagrancia, por lo que los medios de crédito que obran en su contra, constan dentro de la averiguación previa, o en la carpeta de investigación, por lo que es improbable que dichas constancias puedan alterarse; asimismo es obligación del aparato punitivo la recopilación y protección de todos los medios de prueba necesarios para resolver en definitiva, por lo que hablar de la alteración o desaparición de los medios de convicción, implica un fallo en el sistema de investigación delictiva.

Por su parte Claus Roxin al hacer un estudio de la legislación penal vigente en Alemania, indica que esta medida “pretende asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal...pretende garantizar una investigación de los hechos, en debida

forma, por los órganos de la persecución penal... pretende asegurar la ejecución penal”.¹⁶⁸ El mismo autor nos refiere que estas causas no siempre son bien valoradas por la autoridad al imponer la medida; a modo de ejemplo nos cita que solo en poco más de la mitad de los procedimientos por delitos de bagatela y por los cuales los imputados están reclusos bajo prisión preventiva, al final se dicta una sentencia condenatoria, es decir, en los demás procesos registrados, los procesados son puestos en libertad mediante sentencia absolutoria, lo que hace patente que esta medida se aplica innecesariamente.

Asimismo refiere el citado autor que en más del 80 % de las solicitudes de prisión preventiva por parte del Ministerio Público están fundadas en una posible fuga del imputado, sin embargo datos empíricos obtenidos por el Ministerio Federal de Justicia alemán, son pocos los casos en los que el imputado propiamente dicho intenta fugarse. En cuanto al último de los objetos referidos se presenta como uno de los más necesarios, toda vez que es común que cuando el imputado conoce el fallo condenatorio, de encontrarse en libertad es muy probable que evada la acción de la justicia; situación que se presenta más a menudo en casos en los que la sentencia no puede ser conmutada por la gravedad del tipo penal y las circunstancias del hecho, sin embargo en los casos en que la sentencia puede ser conmutada por ser el sentenciado primodelincuente o porque al delito por el que se le procesa se le ha asignado una penalidad máxima menor a 5 años.

2.7.3. Prisión preventiva y procedimiento penal.

Existen datos interesantes de lo que ocurre dentro de los procedimientos penales en nuestro país, pues al regirse la prisión preventiva bajo los principios de instrumentalidad y temporalidad, la medida cautelar es consecuencia directa de lo que ocurre en las fases del procedimiento hasta que se dicte sentencia ejecutoria. En este punto debemos estar atentos a las vulneraciones procesales y materiales que sufren los procesados durante el procedimiento penal; pues queda claro que la autoridad es muy puntal en cuanto a la aplicación de la medida, cuando lo dicta la ley procesal para la retención del procesado y el cumplimiento de los fines del procedimiento, por otra parte la propia autoridad es omisa en

¹⁶⁸ ROXIN Claus, Op. cit., p.257.

el cumplimiento de sus obligaciones procesales en pro de que la medida cautelar sea lo menos gravosa para el procesado.

Las afectaciones que tienen los actos y omisiones de la autoridad jurisdiccional son enormes, si consideramos que la prisión preventiva conlleva consigo la pérdida de la mayoría de los derechos de las personas –inocentes- sujetas a ella; de esta manera “la prisión preventiva adquiere funciones plenamente retributivas y represivas de ejecución anticipada de la pena, es decir, se convierte en una pena sin punibilidad ni punición”,¹⁶⁹ pues al no existir punición entendida como la declaración judicial de responsabilidad y culpabilidad penal dictada específicamente en contra del individuo, la privación de la libertad es inútil como pena de facto impuesta al procesado. Lamentablemente la imposición de esta medida no está justificada en conducta antisocial previa por parte del sujeto, sino en el simple temor estatal a que la norma no sea desvalorada, en concordancia con las teorías de la retribución elaboradas por Kant y justificadas dialécticamente por Hegel.¹⁷⁰

En cuanto a las consecuencias, una de las mayores vulneraciones procedimentales que se cometen, dentro del procedimiento penal hacia los sujetos privados preventivamente de su libertad, es la dilación procesal o como lo llama el maestro Fix-Zamudio -el problema de la lentitud de los procesos-, y que ha sido uno de los factores de más peso para la implementación del sistema acusatorio mediante la reforma constitucional del 2008, que en su exposición de motivos considera a la dilación procesal como uno de los mayores

¹⁶⁹ RODRÍGUEZ Manzanera, Luis, “*Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América latina y el Caribe*”, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Parte segunda: Panorama de las alternativas a la prisión en América latina (Países de sistema penal de herencia continental-europea), Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD (Proyecto RLA/88/001/D/ 01/01 “Apoyo al sistema de justicia y derechos humanos para el desarrollo”) y de la Universidad de West Indies UWI. ISBN 950-14-0630-X, visible en el sitio web de UNPAN (United Nations Public Administration Network), unidad enmarcada en el Departamento de Asuntos Social y Económicos de las Naciones Unidas, consultado el 1 de diciembre del 2015, P.26.

<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan028733.pdf>

¹⁷⁰ *Teorías de la investigación* visible en el sitio web del Congreso de la República de Perú, consultado el sitio web de dicha institución el día 8 de diciembre del 2015.

http://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/extorsion/Teorias_pena_investigacion.pdf

problemas del sistema judicial, pues a su vez genera una serie de complicaciones e incertidumbre no solo para la persona juzgada, sino para la víctima, ofendido, testigos y la sociedad en general.

La tardanza para resolver los procedimientos penales, tiene como consecuencia la sobrepoblación carcelaria y una obvia vulneración a los derechos de los procesados internos; problema que viene acarreado nuestro sistema carcelario desde hace décadas, no obstante, desde antes de la reforma constitucional que ordena el paso del sistema penal, ya se contemplaba un término máximo para la duración del procedimiento, término que por supuesto en la mayoría de los casos no era respetado por los tribunales, principalmente por la enorme carga de trabajo que se acumula dentro de los juzgados penales.

El retraso de la acción judicial no solo tiene como causa la elevada carga de trabajo en los tribunales, en el expediente penal concreto, es decir, en acordar las promociones presentadas por la defensa o los oficios rendidos por autoridades y dependencias oficiales y terceros en general, sino en los espacios dentro de las agendas de dichas entidades, pues es común en los juzgados que se señalen fechas distantes para lograr desahogar las diligencias correspondientes de cada uno de los procesos para el desahogo de pruebas testimoniales, careos entre procesados, inspecciones judiciales y en general cualquier medio de prueba que requiera desahogo al contrario de las documentales, como lo refiere Alcalá-Zamora, “los retrasos no descansan en la longitud de los plazos fijados por el legislador, sino en el fenómeno que el citado procesalista designó como *etapas muertas*, es decir, los periodos de inactividad entre dos actuaciones consecutivas y que pueden calificarse, en relación con los actos procesales, como –entre actos”.¹⁷¹

El principio de concentración, que rige en el sistema acusatorio penal, pretende concentrar la mayor cantidad de actuaciones, en cada una de las diligencias que se desahoguen en las respectivas etapas del procedimiento, con lo que se pretende que el poder judicial esté en aptitud de dictar sentencias dentro del término legal.

¹⁷¹ FIX-Zamudio, Héctor, “*La administración de justicia*”, artículo visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 21 de mayo del 2014, p.147. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/982/6.pdf>

Ahora bien, respecto al mandato establecido en la ley, por el que se fija un término de cuatro meses y un año para que el imputado sea juzgado, esta disposición encuentra un caso de excepción cuando el ejercicio de la defensa sea causante de la dilación procesal, lo que deja las puertas abiertas a que so pretexto de respetar el derecho de los procesados a una adecuada defensa, se continúe con la práctica de mantener a los reos privados de su libertad indefinidamente hasta que se dicte sentencia en el proceso respectivo.

Sin embargo, la dilación procesal no es el único problema a que se enfrenta el interno procesado; la debilidad de instituciones como la defensoría Pública encargada de la representación y defensa del imputado en juicio modo de ejemplo, de acuerdo con el Centro de Investigación para el Desarrollo, de la Secretaría de Seguridad Pública, para el año 2013, el 44% de los reclusos no tuvieron un abogado al momento de declarar y 65 por ciento no recibían atención médica si se enferma”.¹⁷² Ahora bien, si partimos de que esas eran las condiciones hace solo dos años, es imposible imaginar que con todas las deficiencias del sistema punitivo, para el término constitucional tales yerros sean subsanados, por el sistema político criminal al ritmo que lo necesita nuestra sociedad.

2.7.4. Reforma constitucional en materia de prisión preventiva.

Con la información que tenemos hasta ahora, podemos entender que nuestro sistema penal en sus respectivos órdenes y niveles de gobierno no han venido cumpliendo las necesidades sociales y expectativas internacionales; ante tales condiciones las asociaciones civiles, académicas e incluso autoridades internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas resoluciones son vinculantes para el Estado Mexicano, comenzaron a ejercer presión a nivel político con la demanda de un sistema de impartición de justicia penal que se adecuara a las exigencias históricas y materiales de nuestra sociedad

Por ello el año 2008 se reforma el sistema procedimental punitivo mexicano, con lo que se pretende que los problemas de corrupción, ineficacia, incertidumbre y lentitud dentro de los procesos penales, sean superados y de paso a una nueva época en nuestra

¹⁷² SÁNCHEZ Jiménez, Arturo. Op. cit.

administración de justicia, por lo que hoy nos encontramos en un proceso de transformación de nuestro sistema judicial en todas las materias, en el que el principio de oralidad está siendo implementado como herramienta para lograr impartir justicia, al menos dentro de los términos que la ley señala y hacer más accesible la administración de justicia, pues como lo hemos señalado anteriormente en materia penal, la tardanza para dictar sentencia dentro de los procesos es señalada como una de las mayores razones por las que la sociedad en general desconfía e incluso teme a las autoridades jurisdiccionales penales y al proceso penal en general.

El proceso de la reforma constitucional en materia procesal penal, del año 2008 fue bastante interesante en cuanto a las discusiones ocurridas en la infinidad de temas que la reforma del proceso implica. En cuanto al tema que nos ocupa, la participación de sinnúmero de personajes provenientes de los propios grupos parlamentarios, representantes de la Procuraduría General de Justicia, del Consejo de la Judicatura Federal, asociaciones civiles y académicas, además de representantes de los Tribunales de Justicia de las entidades federativas, presentaron sus posturas respecto a cómo debe operar la prisión preventiva en el proceso penal, dada la situación material de nuestro país.

Varios expertos en la materia, como el maestro Zepeda Leucona aportaron su valiosa opinión técnica acerca de la gravedad de la situación, así como las probables respuestas a corto, mediano y largo plazo; los puntos de mayor relevancia en este tema fueron en primer término, es reconocer que el uso de la prisión preventiva ha sido excesivo por lo que es menester disminuir su aplicación y adecuar nuestra legislación a los tratados internacionales, que México ha celebrado que regulen esta figura, así como el derecho a la libertad personal y seguridad jurídica de los imputados.

Se regulan nuevas medidas cautelares, partiendo del principio de excepcionalidad de la prisión preventiva y se crea una audiencia en la que públicamente, el Ministerio Público deberá acreditar que tal medida debe ser impuesta por el Juez, quién deberá revisarla periódicamente, para saber si subsisten los elementos que en su momento acreditaron su imposición, así como establecer un término máximo de su duración por lo que dicha medida adquiere condición provisionalidad.

Estos principios se plasmaron en el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, y para ello se vertieron argumentos como el siguiente: “La prisión preventiva tiene costos adicionales: los reclusos vuelven a sus hogares con menos salud, poca confianza en sí mismos, y menos posibilidades de llevar una vida normal. La experiencia de la cárcel genera un estigma social que reduce sus posibilidades de desarrollo posterior y priva a los acusados de saludables contactos con amigos y parientes, al tiempo que los expone a las experiencias de otros reclusos que les enseñan maneras de delinquir... La imparcialidad de los jueces se ve afectada porque quien juzga no quisiera posteriormente tener que reconocer que tuvo preso a un inocente: preferirá condenarlo. En cambio, la parte acusadora, que normalmente tendría que investigar exhaustivamente un delito para obtener una respuesta punitiva, tiene menos razones para profundizar en su investigación, pues el resultado máximo que podría obtener para el imputado (la cárcel) ya ha sido obtenido”.¹⁷³

Lo anterior sintetiza en gran parte la realidad a la que se enfrentan miles de personas que han sido recluidas en prisión, así como nos revela que el funcionamiento del proceso penal, para estos individuos ha sido como una aplanadora que atropella no solo su libertad sino prácticamente cada ámbito de su vida; motivo por el cual se opta por modernizar nuestro procedimiento punitivo y ponerlo a la par de las exigencias de un país democrático y representativo.

Desde que inician los debates para la reforma que implementa el sistema acusatorio en nuestro país, surgieron diversas voces para apuntar el hecho de que esta reforma no podía quedarse solo en el plano normativo, como ocurre en muchas otras de las reformas promovidas por los poderes públicos; sino que en este caso debía haber una verdadera transformación de las instituciones involucradas en el proceso penal; precisamente por esta razón es que desde la publicación de la reforma, se consideró un término “viable” para la transformación de nuestro sistema punitivo, el lapso de ocho años para la total

¹⁷³ Secretaría de Servicios Parlamentarios de la Cámara de Diputados, Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información, “*Cuaderno de apoyo reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (proceso legislativo)*”, visible en el sitio web de la Cámara de diputados, consultado el 8 de febrero del 2015, Pp. 47-48.

<http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>

implementación del sistema acusatorio penal en todo el país, tanto en el fuero común como en el federal. No obstante a pesar de que se ha cumplido el término señalado por la reforma del 2008 para la implementación del sistema acusatorio, nos encontramos con que las condiciones reales son insuficientes para la medianamente adecuada operación del sistema acusatorio.¹⁷⁴

El maestro García Ramírez, opina que para poder determinar la limitación de un derecho tan importante como lo es la libertad, “implica, en la especie, un examen y una decisión casuísticos, no la determinación de series generales, categorías abstractas, de las que derive la restricción indiscriminada de derecho, totalmente ajena a la pertinencia de hacerlo en función de las características de cada caso”;¹⁷⁵ es decir, para poder coartar la libertad del imputado a través de la medida cautelar más gravosa para la persona, es necesario hacer un análisis de cada caso en particular para llegar a la conclusión de que si la necesidad de cautela para lograr los objetivos del juicio penal amerita restringir a la persona de uno de los derechos de mayor importancia, lo que no obstante contraviene al principio de presunción de inocencia.

No obstante, el constituyente permanente optó por enumerar un listado de ilícitos por los cuales la prisión preventiva debe decretarse aun sin la solicitud del Ministerio Público. Los ilícitos merecedores de esta medida cautelar decretada oficiosamente son: delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

¹⁷⁴ VOLGA de Pina, Ravest, “Podemos ser optimistas a seis meses del vencimiento del plazo constitucional para implementar el sistema acusatorio?”, artículo publicado en el sitio web de la Asociación Civil y académica ReformaPenal Mx, publicado el 17 diciembre del 2015 y consultado el 20 de diciembre del 2015.

<http://reformapenalmx.org/2015/12/podemos-ser-optimistas-a-seis-meses-del-vencimiento-del-plazo-constitucional-para-implementar-el-sistema-acusatorio/>

¹⁷⁵ GARCÍA Ramírez, Sergio. La Reforma Constitucional Penal (2007-2008), ¿democracia o autoritarismo?, Op. cit., P. 100.

De la simple lectura del mandato constitucional podemos observar diversas deficiencias, en primer término deja amplio marco a las leyes secundarias, pues a modo de ejemplo la Ley General de Salud tiene un amplio catálogo de delitos, mismos que sin restricción constitucional pueden ser integrados desmedidamente al listado de ilícitos merecedores de prisión preventiva oficiosa; y lo mismo ocurre con el término “contra el libre desarrollo de la personalidad”. Asimismo del ambiguo listado en estudio se desprende que el legislador optó por contemplar “delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos”, sin hacer referencia a que si se refiere a armas de fuego o a que otro tipo de armas; en cuanto a los medios violentos, el término es tan amplio que muchos ilícitos podrían ser contemplados por las normas secundarias o incluso por el propio juzgador.

Lo anterior no quiere decir que no reconozcamos la intención del legislador de reducir el listado de “delitos graves” contemplado anteriormente por las leyes locales, sin embargo, la técnica legislativa no fue lo suficientemente precisa como para otorgar al imputado una protección irrestricta a sus derechos, pues la norma fundamental deja al recién promulgado Código Nacional de Procedimientos Penales amplias facultades para establecer el listado definitivo de delitos merecedores de prisión cautelar. Como sabemos, la transformación de nuestro sistema inquisitivo mixto a uno acusatorio es una labor que conlleva excepcional esfuerzo para las autoridades y la sociedad en general, por lo que se previó un lapso de 8 años para que funcione en todo el territorio nacional; actualmente tenemos un ordenamiento procesal común para toda la república.

2.7.5. Prisión, prisión preventiva y prisión preventiva oficiosa en el marco normativo externo e interno a partir de la reforma constitucional del 2008.

Una vez que hemos estudiado a las características de la prisión preventiva como la medida cautelar más grave que se puede imponer a aquellos, a quienes se les procese dentro de un juicio penal, pasaremos a estudiar la manera en que es regulada por nuestra normatividad, partiendo desde la norma constitucional y el Código Nacional de Procedimientos Penales, para conocer si esta medida se adecua a lo establecido por la tradición jurídica. En apego al principio de supremacía constitucional abordaremos primeramente lo establecido por

nuestra norma fundamental, para seguir con el estudio de la norma procesal aplicable y en seguida las normas sustantivas a que ella nos remite.

2.7.5.1. Estudio de los artículos 18 Y 19 constitucionales en cuanto a la procedencia y cumplimiento de la prisión preventiva.¹⁷⁶

El fundamento constitucional del sistema penitenciario y la prisión preventiva se encuentra en el diverso 18, enfocándose exclusivamente en la pena privativa de libertad como consecuencia jurídica del delito, excluyendo así las demás consecuencias que a raíz de la reforma constitucional penal del año 2008 son contempladas por los diversos 21 y 22 de nuestra norma fundamental. Es en el primer párrafo del diverso 18 constitucional en cita donde se establece una de las máximas de la figura de la prisión preventiva, y es que únicamente por delito cuya sanción sea la prisión se podrá dictar esta medida cautelar; lo que en primer término es muestra de la finalidad procesal de esta medida y que es detallada en el artículo 19 de la propia norma constitucional y que analizaremos adelante.

En seguida, el mandato constitucional en estudio ordena que, los sentenciados y los sujetos a proceso deberán estar separados dentro del centro de reclusión, ello con el motivo de evitar la contaminación criminógena y la vulneración del principio de presunción de inocencia, que ordena que las personas procesadas en todo momento deberán ser tratados como inocentes, mandato que en la práctica es materialmente imposible de efectiva aplicación en razón de las condiciones de infraestructura y sobrepoblación estudiadas en el capítulo II de esta investigación, siendo la contravención de este mandato en la vida fáctica una violación a los derechos humanos, reconocidos por la Constitución Federal, normas secundarias y Tratados Internacionales a favor de los derechos de los sujetos a proceso penal.

En el noveno párrafo del artículo 18 en estudio se insertan excepciones a derechos procesales del imputado, como lo es la limitante al derecho del procesado o sentenciado a

¹⁷⁶ Congreso Constituyente reunido del 1o. de diciembre de 1916, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, visible en el sitio web de la cámara de Diputados , consultado el 14 de enero del 2015

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

compurgar sentencia y librar el proceso penal en el Centro de Reinserción Social más cercano al domicilio del imputado, así como la restricción de comunicación entre procesados y sentenciados con terceros, en los casos de los reos y los procesados por delitos de delincuencia organizada, para los cuáles habrá lugares especiales para su internamiento, ello para otorgar un viso de constitucionalidad a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, lo que en sí es muestra clara de la arbitraria política criminal, adoptada por los poderes públicos para perseguir y sancionar la delincuencia, pues legaliza estados de excepción prohibidos por la doctrina procesal penal instaurados a nivel constitucional.

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados...

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.

Toda vez que el artículo 18 constitucional fundamenta la existencia de la prisión preventiva, pasaremos a estudiar su reglamentación a fondo. Es el segundo párrafo del artículo 19 Constitucional el que contiene las disposiciones respecto de la procedencia de la prisión preventiva, eje toral de esta investigación. En este apartado se faculta al Ministerio Público para solicitar al Juez la medida cautelar más gravosa para el inculcado; manifestando expresamente que esta solo puede ser solicitada por el Ministerio Público cuando exista alguno de los siguientes supuestos: el riesgo de que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia o altere el material probatorio; que estando en libertad el inculcado, la víctima o la sociedad misma corran peligro y; que el inculcado cuente con antecedentes penales por la comisión de un delito doloso.

De lo anterior se desprenden dos principios de dicha medida, el primero es el principio de excepcionalidad, pues la Constitución utiliza el término –solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva...- limitando esta facultad al Ministerio Público quien

exclusivamente podrá solicitarla cuando exista riesgo de que alguno de los supuestos contraproducentes al proceso penal pueda ocurrir, y lo acredite en audiencia pública.

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

La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.

Los principios que contempla Piero Calamandrei en su teoría de las medidas cautelares fueron adoptados por el constituyente permanente quien en principio opta por incluir expresamente el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, que como lo hemos dicho obedece a evitar los excesos cometidos en el uso de esta medida que hasta antes de la reforma había causado un alto nivel de sobrepoblación carcelaria de individuos a quienes no se les ha dictado sentencia condenatoria.

El propio Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, en sus capacitaciones afirma que “la regla general debe ser el procesamiento o enjuiciamiento en libertad; en atención al grado de riesgo, la aplicación de la medida cautelar menos lesiva y la aptitud para preservar la materia del proceso y la protección de la comunidad o los intervinientes.”¹⁷⁷ Así con el sistema acusatorio la prisión preventiva debe ser usada excepcionalmente para garantizar los fines del proceso cuando el Ministerio Público acredite que las demás medidas cautelares no sean suficientes.

¹⁷⁷ Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, “Curso de Introducción al Sistema Penal Acusatorio”, visible en el sitio web de dicha institución, consultado el catorce de febrero del 2016.

http://mx.televisioneducativa.gob.mx/c4x/SETEC-SEGOB/SETEC-Inic/asset/1_1.pdf

Por otra parte, el principio de provisionalidad o temporalidad y en la fracción IX, inciso a) del diverso 20, que establece que el término de duración de la prisión preventiva es de dos años como máximo; exceptuando los casos en los que la prolongación de la privación de la libertad se deba a que dentro del proceso penal no se ha dictado sentencia definitiva a causa del ejercicio del derecho de defensa, y en caso de que la dilación sea imputada al Ministerio Público o a la autoridad judicial, la persona será puesta en libertad y otra u otras medidas cautelares serán impuestas para garantizar los fines del proceso punitivo.

Por su parte el principio de Naturaleza jurídica de relación a término, que implica que la medida cautelar no es -permanente-, es decir, la medida cautelar impuesta no obligatoriamente debe mantenerse vigente durante todo el procedimiento penal, este principio está inserto en el tercer párrafo del artículo 19 que establece la facultad del Juez de Control, o los de Juicio oral en determinadas circunstancias, pueden revocar la libertad del sujeto a proceso, ello en función de incumplimiento por parte del imputado de alguna de las restricciones impuestas en la medida cautelar que se haya impuesto; ello se resolverá en audiencia pública, en la que el fiscal y la defensa entraran en controversia respecto de la revocación de la libertad, misma que tendrá que resolver el juez de la causa.

Una vez estudiados los principios que rigen a la prisión preventiva, pasaremos a analizar los fines procesales que se deben perseguir con la imposición de dicha medida cautelar. Estos son literalmente expresados por la norma fundamental; en cuanto a los que se refieren a asegurar la comparecencia del imputado a juicio y en todo caso garantizar la ejecución de la pena, y evitar que el imputado altere el material probatorio que obre en su contra, denotan la naturaleza instrumental de la prisión provisional, es decir, estos supuestos sirven como instrumento del sistema punitivo para lograr en la mayor medida posible los fines del proceso penal.

Sin embargo, el artículo constitucional en estudio contempla otros dos elementos que el Juez de control debe evaluar para dictar una medida cautelar proporcional en el caso concreto, el primero de ellos es garantizar el bienestar de la víctima y ofendido, así como la política de seguridad pública al referirse a la sociedad en general; el primero de ellos

obedece a que no en pocos casos el imputado intimida a la víctima u ofendido con la intención de que estos cesen su participación en el procedimiento; el segundo elemento se refiere a la reincidencia delictiva en el caso de delitos dolosos; ambos supuestos son de carácter proteccionista pues ordena que el juez de control considere al imputado como una persona peligrosa por sus antecedentes o bien por la gravedad de las condiciones de los hechos que se investigan.

Estos dos supuestos obedecen al estudio de la necesidad de cautela, que debe hacer la autoridad, ponderando el argumento de las partes respecto de la evaluación de riesgo, que emita el órgano encargado de la ejecución y vigilancia de las medidas cautelares; “Se ha debatido mucho si estas causales constituyen fines legítimos de la medida cautelar, pues varias de ellas parecen estar relacionadas con la –peligrosidad– del detenido, su responsabilidad penal en el proceso o la gravedad del delito cometido, más que con la necesidad de cautela”;¹⁷⁸ en lo que concordamos en función de que estas medidas presumen peligrosidad del imputado por condiciones meramente jurídicas y por antecedentes penales, cuya sanción que en todo caso ya fue compurgada por el imputado, lo que excede los principios de la necesidad de cautela y nos deja ver que el legislador de antemano desconfía de las personas sentenciadas con anterioridad, aunque el delito cometido no tenga relación con el delito por el que se le procesa o cuando el ilícito hubiese sido de mínima trascendencia como lesiones leves o robo de menor cuantía; y aún más nos habla de la desconfianza que tiene el propio constituyente permanente en el sistema penitenciario y en la reinserción social.

Al respecto García Ramírez opina lo mismo al afirmar que “no es debido establecer una relación automática entre determinadas categorías de delitos y privación cautelar de la libertad... bastará acreditar el supuesto material para que en principio proceda la prisión

¹⁷⁸ VILLADIEGO Burbano, Carolina, *Estrategias para racionalizar el uso de la prisión preventiva en américa latina: mecanismos para evaluar la necesidad de cautela*, visible en el sitio web del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, consultado el 30 de abril del 2015.

http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/CVILLADIEGO_Estrategiaspararacionalizarelusodelaprisionpreventiva.pdf

preventiva”;¹⁷⁹ pues como ocurre en la vida fáctica, el Ministerio Público con una cantidad mínima o reducida de material probatorio puede imputar a la persona cierto delito contemplado dentro del catálogo, y si el Juez de control encuentra acreditada la probable participación del imputado, dictará auto de vinculación a proceso con la consecuencia oficiosa de la prisión preventiva, lo que impide valorar en el caso concreto la necesidad de cautela.

En este punto y antes de entrar al análisis del ordenamiento procesal penal aplicable para todo el territorio nacional a partir del 18 de junio del año en curso, es necesario que nos detengamos a considerar las implicaciones de la figura de la prisión preventiva en esta “nueva” disposición constitucional, y la contradicción existente con el principio de presunción de inocencia. Como lo refiere el maestro Sergio García Ramírez en su obra *La Reforma Constitucional Penal (2007-2008), ¿democracia o autoritarismo?*, “existe una inevitable antinomia, que supone afectar los derechos de las personas sometiéndolas a prisión preventiva, sin que antes se haya derrotado en su presunción de inocencia en un juicio en el que se respeten todas las garantías del debido proceso... la antinomia es de por sí insalvable, pero para paliarla en alguna medida se prevé que la procedencia de tales afectaciones sea excepción”¹⁸⁰.

Materialmente la prisión preventiva, es una pena anticipada para el inculpado al privarle de su libertad y los derechos que de ella se emanan como lo son: el tránsito, la familia, el trabajo, el esparcimiento, derechos políticos, etc. Sin embargo, el sistema judicial penal no ha encontrado otra manera de garantizar que en determinado momento el sentenciado a prisión no se sustraiga de la acción de la justicia, la protección de la víctima y el correcto desarrollo del proceso penal; no obstante, dicha medida no debe ser utilizada como regla general para garantizar los fines del proceso punitivo judicial, pues la reclusión preventiva debe alinearse a los principios de legalidad, excepcionalidad, razonabilidad, necesidad, proporcionalidad y mínima duración.

¹⁷⁹ GARCÍA Ramírez, Sergio. *La Reforma Constitucional Penal (2007-2008), ¿democracia o autoritarismo?*, Op. cit., pp.100 y 101.

¹⁸⁰ *Ibidem.*, P. 99.

2.7.5.2. La prisión preventiva y la prisión preventiva oficiosa en el Código Nacional de Procedimientos Penales.¹⁸¹

Como lo hemos estudiado, es en la Constitución Federal donde emana el fundamento de la prisión preventiva, dándonos lineamientos básicos para su procedencia, y remitiéndonos a la norma procesal secundaria, en el caso del Código Nacional de Procedimientos Penales, que en materia de prisión preventiva en su mayor parte, es una copia de lo ordenado por nuestra carta fundamental en pleno respeto al principio de supremacía constitucional. El Código Nacional de Procedimientos Penales publicado el 5 de marzo del 2014 comprende la regulación del procedimiento acusatorio penal que regirá a toda la nación en un lapso que no podrá exceder del mes de junio del 2016.¹⁸² En este código procesal se contempla con mayor precisión las disposiciones respecto a la prisión preventiva a solicitud del Ministerio Público y su modalidad oficiosa.

La prisión preventiva se encuentra dentro del Libro Primero, Título VI titulado Medidas de protección durante la Investigación, formas de conducción del imputado al Proceso y Medidas Cautelares; precisamente en virtud de la importancia que del tema en la reforma penal, se dedica una serie de disposiciones que precisan la manera en que se deberá desahogar el juicio en cuanto a las medidas cautelares. En principio el diverso 153 habla del principio de legalidad al establecer que las medidas cautelares serán impuestas por resolución judicial exclusivamente; asimismo nos remite al principio de temporalidad, al establecer que las medidas impuestas durarán solo el tiempo indispensable para lograr los fines del proceso.

A continuación el artículo 154 habla de la procedencia de las medidas cautelares, estableciendo que estas proceden solo después de formulada la vinculación a proceso,

¹⁸¹ Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Código Nacional de Procedimientos Penales*, visible en el sitio oficial del Diario Oficial de la Federación, consultado el 15 de abril del 2015.

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5334903&fecha=05/03/2014

¹⁸² El artículo segundo transitorio, párrafo primero, del decreto de reformas correspondiente, ordena que el sistema procesal penal acusatorio entra en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del 19 de junio de 2008

(equivalente al auto de formal prisión en el proceso inquisitivo mixto) a excepción de, cuando el Ministerio Público solicite la prisión preventiva, en cuyo caso esta deberá resolverse después de la imputación y antes de que se resuelva respecto de la vinculación a proceso, se acoja el imputado al término constitucional o no.

En el artículo 155 se enlistan todas las medidas cautelares que contempla nuestro sistema penal acusatorio; la técnica legislativa ordena que la “garantía” que debe exhibir el imputado, debe ser enlistada partiendo de aquella que en menor manera afecte su esfera jurídica, y en ese orden y dependiendo de las circunstancias, el juez de la causa resolverá que medida es la adecuada para garantizar los fines del procedimiento penal, ello tomando dogmática y criterios jurisprudenciales usuales en la materia civil.

La primera medida y la menos gravosa que contempla el Código nacional en materia procesal penal es la presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta; la segunda es la exhibición de una garantía económica, equivalente a la caución; la tercera es el embargo de bienes; la cuarta es la inmovilización de cuentas y demás valores financieros; la quinta medida cautelar es la prohibición de salir de un ámbito territorial determinado; la sexta medida se refiere al sometimiento, al cuidado o vigilancia de un tercero, que puede ser una persona o institución, e incluso el internamiento en institución determinada; la séptima prohíbe concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares; la octava medida prohíbe convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, resguardando el derecho de defensa; la novena medida cautelar consiste en la separación del domicilio; la décima medida es la suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos; la undécima es la suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral; la duodécima es la colocación de localizadores electrónicos; la decimotercera es el conocido arraigo domiciliario y; finalmente la decimocuarta medida cautelar y más gravosa es la prisión preventiva del imputado; de ese modo se consagra el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva a que hemos venido haciendo referencia.

El artículo 156 contempla lo referente al principio de proporcionalidad que debe regir la imposición de las medidas cautelares. El artículo subsecuente establece la facultad exclusiva del fiscal para solicitar la prisión preventiva y prohíbe que a esta medida se le agregue alguna otra a excepción del aseguramiento de bienes en concordancia con la ordenado respecto del derecho de la víctima u ofendido para la reparación del daño; concluye con el mandato hacia el Juez para que en todo momento observe la finalidad de las medidas impuestas en el caso concreto.

El artículo 158 en sus escasos dos renglones contempla el eje de nuestra hipótesis al establecer el derecho del imputado para debatir la medida cautelar que habrá de imponérsele a fin de garantizar los fines del proceso penal, pues el Código Nacional de Procedimientos Penales, al ser un mandato procesal de corte acusatorio adversarial cuya mayor particularidad es la igualdad y libertad de las partes a debatir respecto de cada de las cuestiones planteadas en cada una de las fases del procedimiento, máxime respecto a las medidas cautelares como contrapunto del principio de presunción de inocencia. Recordemos lo problemático que es para la autoridad y a la propia doctrina, justificar la existencia de las medidas cautelares, entendidas como actos que restringen derechos de personas –inocentes-, especialmente a partir de la reforma de junio del 2011, motivo por el que la audiencia de imposición de medidas cautelares es uno de los puntos más delicados del nuevo procedimiento penal.

Lamentablemente durante la vigencia del sistema inquisitivo mixto, la prisión preventiva y la libertad caucional en sus modalidades eran las únicas medidas cautelares contempladas por la ley procesal, cuya mayor aberración es el uso exagerado de la clasificación de los delitos como graves, calificativa que prohibía el acceso a caución, y que actualmente tiene bajo el régimen de prisión preventiva oficiosa a aproximadamente 40% de los internos en nuestras cárceles.

Los artículos subsecuentes tratan acerca de las formalidades que debe contener la resolución que imponga la medida cautelar en el caso concreto; asimismo se incorpora el principio de naturaleza jurídica de relación a término, al establecer que la medida cautelar impuesta puede ser objeto de revisión a petición de las partes, misma que se llevará a cabo

en audiencia pública. Contempla el código procesal que para la imposición de las medidas cautelares, las partes pueden ofrecer datos o medios de prueba, que serán agregados a la información que otorgue el órgano encargado de la supervisión de dichas medidas.

El artículo 165 se acoge a lo ordenado por el diverso 18 constitucional respecto a que solo por delito que amerite prisión habrá lugar a la medida cautelar en estudio; a continuación fija como plazo máximo para la duración de esta medida el término de un año, y en el caso de que se exceda ese plazo el imputado será puesto en libertad a menos de que la prolongación se deba al ejercicio de la defensa; disposición que antes de la implementación del sistema acusatorio, ya se encontraba contemplado el principio de temporalidad de las medidas cautelares, que comúnmente no era respetado en virtud de la carga de trabajo de los Tribunales penales, lo que hacía que los plazos para el desahogo de las pruebas ofrecidas por la defensa del imputado fueran demasiado lejanos a su solicitud, lo que causaba que se excederá el término de máximo de la duración de la vigencia de la medida cautelar, sin que la defensa del imputado pudiese solicitar la libertad de su representado pues se entendía que la prolongación del juicio se debía al ejercicio de la defensa.

Artículo 165. Aplicación de la prisión preventiva.

Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. La prisión preventiva será ordenada conforme a los términos y las condiciones de este Código. La prisión preventiva no podrá exceder de un año, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha dictado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

Como lo hemos dicho, la reforma constitucional pretende otorgar un mayor respeto a los derechos del imputado, por lo que se incorpora el principio de proporcionalidad que prevé excepciones a la medida cautelar privativa de libertad, excepciones contempladas en el diverso 166 del código procesal en estudio, y que a criterio del Juez pueden aplicarse cuando el imputado fuere una persona mayor de 70 años de edad, o que sufra de alguna enfermedad cuya gravedad o avanzado estado, hagan imposible que la persona reciba la atención médica necesaria dentro del centro penitenciario, lo que en determinado momento

será materia de controversias respecto al cuál será la entidad encargada de determinar si tal o cual procesado padezca de una enfermedad que amerite gozar de la excepción en estudio, pues si ello depende únicamente de dictámenes emitidos por médicos particulares pagados por el imputado, puede generarse una vía de escape ilegítima a favor de ciertos imputados; del mismo modo dicho beneficio también se extiende a favor de mujeres embarazadas o en lactancia.

El numeral en cita otorga facultades discrecionales al Juez para negar los beneficios a quienes “a criterio del Juez de control puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su riesgo social”; tal disposición contraviene el principio pro-persona y de contradicción que debe regir en el proceso penal, pues en todo caso debería ser el Ministerio Público quién a través del material probatorio suficiente y oportuno, acredite los supuestos de posibilidad de fuga o riesgo social del imputado, y no la autoridad judicial *per se*.

Artículo 166. Excepciones.

En el caso de que el imputado sea una persona mayor de setenta años de edad o afectada por una enfermedad grave o terminal, el Órgano jurisdiccional podrá ordenar que la prisión preventiva se ejecute en el domicilio de la persona imputada o, de ser el caso, en un centro médico o geriátrico, bajo las medidas cautelares que procedan. De igual forma, procederá lo previsto en el párrafo anterior, cuando se trate de mujeres embarazadas, o de madres durante la lactancia. No gozarán de la prerrogativa prevista en los dos párrafos anteriores, quienes a criterio del Juez de control puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su riesgo social.

A continuación el Código Nacional en el artículo 167 hace un estudio de las causas de procedencia de la prisión preventiva, haciendo casi una copia de lo ordenado por la Constitución, pues refiere los casos en el que el fiscal podrá solicitarla (agregando también el resguardo domiciliario, medida que si bien no es tan gravosa para el imputado, le limita el derecho de libre tránsito, convivencia, trabajo, etc.). Ahora bien, en el entendimiento de que la prisión preventiva solo sirve a intereses procesales y no de reinserción, resocialización ni mucho menos de retribución, por lo que el interno debe ser tratado en todo tiempo como persona inocente y su esfera jurídica debe vulnerarse de la menor manera posible; sin embargo, la normatividad constitucional y la procesal nacional prevé una causa

más por la que el Ministerio Público podrá solicitar prisión preventiva al órgano jurisdiccional, esta causa es que el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado por la comisión de algún delito doloso.

Al respecto Guillermo Zepeda refiere que “el legislador desconfió de las personas que se hayan en estos supuestos, considerándolos de antemano peligrosos o candidatos a la evasión; es decir, no pondera casuísticamente si lo son, sino que acepta en bloque la posibilidad de disponer en tales supuestos la prisión preventiva”.¹⁸³ En ese sentido estamos de acuerdo con el autor, ya que la disposición en estudio extralimita los fines meramente procesales de la prisión preventiva, pues en el caso de su imposición ya no obedece a fines procesales, sino que versa sobre hechos anteriores o simultáneos al proceso, mismos que no tienen relación alguna con lo ordenado por la fracción I del artículo 20 constitucional que establece que “el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”;¹⁸⁴ así para el imputado se actualiza la sanción impuesta con anterioridad, pues en el nuevo proceso judicial no podrá gozar de su libertad, aun en los casos en que el delito doloso por el que haya sido sentenciado con anterioridad sea de mínima dañosidad, lo que contraviene el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo acto.

Independientemente de ello, y a pesar de que la labor del constituyente pretendió que a través de la reforma constitucional, se limitaran los delitos, por los cuales el inculpado debería permanecer en proceso penal bajo prisión preventiva oficiosamente, es el Código Nacional de Procedimientos Penales el ordenamiento que enlista con mayor precisión cuales ilícitos ameritan dicha medida oficiosamente, sin embargo este ordenamiento procesal nos remite al Código Penal Federal, a la Ley General de Salud, a la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los delitos en Materia de Trata de Personas, a la Ley General para prevenir y sancionar delito en Materia de Secuestro y, a Ley General contra la Delincuencia Organizada. Así, encontramos una nueva problemática en la técnica

¹⁸³ URIBE Benítez, Óscar, Op. cit., P.54.

¹⁸⁴ Artículo 20 constitucional fracción I.

legislativa, lo que a la postre generará conflictos pues se enumera una serie de ilícitos como el homicidio, la violación, el terrorismo, la corrupción de menores y demás ilícitos, que están contemplados en todos los códigos punitivos locales, mientras que el Código procesal en estudio para su definición nos remite al Código Penal Federal, es decir, se presenta una pluralidad de leyes que contemplan las mismas figuras delictivas, lo que genera incertidumbre para el fiscal y para el juzgador al momento de aplicar la figura correspondiente al caso concreto y en consecuencia una violación al principio de legalidad en contra del imputado, como lo abordaremos adelante.

El último párrafo del artículo prevé una facultad exclusiva del Ministerio Público, para que el imputado pueda librarse de ser recluido en prisión preventiva, aun cuando el delito por el que se le procese, esté contemplado dentro del listado en estudio; así el fiscal cuando considere que la prisión preventiva resultare excesiva para asegurar la necesidad de cautela y la imperiosidad de protección a la víctima, ofendido o a la comunidad, con aprobación del titular de la Procuraduría o funcionario autorizado para ello, solicitará el Juez de Control que no se imponga la prisión preventiva, sino alguna o algunas otras medidas cautelares proporcionales a las circunstancias del caso concreto.

Ante ello no podemos dejar de reconocer la voluntad del legislador, de crear un caso de excepción para una medida excepcional, en la que la fiscalía bajo los principios de objetividad y buena fe, y en apego al derecho de presunción de inocencia del imputado, solicita de *motu proprio* que no se fije la prisión preventiva, como medida cautelar a pesar de que el delito investigado sea considerado como grave por la Constitución y la normatividad procesal; además, en apego a la teoría de las medidas cautelares se hace una valiosa incorporación del principio de proporcionalidad, para que el estudio del caso concreto se pueda prescindir de la prisión preventiva. No obstante lo anterior resulta incompatible con el principio de contradicción, al ser facultad exclusiva de la parte acusadora realizar dicha petición al Juez de control, dejando a la defensa imposibilitada de ejercitar dicha petición; disposición normativa que en la vida fáctica es susceptible de actos de corrupción y tráfico de influencias generando impunidad.

Artículo 167. Causas de procedencia.

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al Juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexas en los términos del presente Código.

En el supuesto de que el imputado esté siendo procesado por otro delito distinto de aquel en el que se solicite la prisión preventiva, deberá analizarse si ambos procesos son susceptibles de acumulación, en cuyo caso la existencia de proceso previo no dará lugar por sí sola a la procedencia de la prisión preventiva. El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa. La ley en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa. Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal de la manera siguiente:

I. Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;

II. Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;

III. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis;

IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;

V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;

VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;

VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;

VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;

IX. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el

artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis;

X. Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;

XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.

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

En seguida se tienen los diversos 168, 169 y 170, que definen los supuestos, bajo los que el Ministerio Público podrá solicitar la prisión preventiva del imputado, en los delitos que no tengan aparejada la prisión preventiva oficiosa. En cuanto al peligro de que el sujeto a proceso se sustraiga de la acción de la justicia, el ordenamiento en cita ordena que se deben contemplar las circunstancias del arraigo que tenga el imputado en el lugar donde se desahogue el juicio, es decir, que tantos elementos existan, para presumir que el procesado tiene vínculos personales, familiares o patrimoniales en el sitio donde se desahogará el proceso penal; asimismo y erróneamente se contempla la máxima punición que en determinado momento pueda imponérsele al reo, lo que no se contemplara en este apartado pues ello corresponde a la sentencia y no a la medida cautelar.

Asimismo, el Juez de Control deberá valorar el comportamiento del imputado respecto a la tramitación del juicio y su observancia o desacato a medidas cautelares impuestas con anterioridad, lo que la autoridad jurisdiccional apreciará directamente en función del principio de inmediación y determinará en razón de la denominada necesidad

de cautela que igualmente dicta los lineamientos del Juez para determinar la posibilidad de alteración del material probatorio u obstaculización de la investigación, que el fiscal acusador deberá acreditar por medio de los datos de prueba que ofrezca en ante el Juez Penal.

En cuanto a la protección para la víctima y la sociedad, el Código Nacional de Procedimientos penales otorga amplias facultades al Juez, para determinar si es que existe riesgo de que tales personas sean afectadas por el imputado; sin embargo, yerra terriblemente el ordenamiento en cita, al establecer que la valoración que realice el Juez será de “las circunstancias del hecho y condiciones particulares en que se encuentren dichos sujetos” (refiriéndose a la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad), lo cual rebasa completamente el ámbito de control del sujeto imputado pues éste en muchos casos no puede controlar las condiciones particulares propias, y por lo tanto las condiciones de la víctima u ofendido, testigos o la propia “comunidad”, porque exceden su ámbito de control en cuyo caso la medida cautelar impuesta obedecería a todo menos a la necesidad de cautela del imputado y sus propias condiciones, como lo señalan los siguientes artículos:

Artículo 168. Peligro de sustracción del imputado

Para decidir si está garantizada o no la comparecencia del imputado en el proceso, el Juez de control tomará en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias: I. El arraigo que tenga en el lugar donde deba ser juzgado determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y las facilidades para abandonar el lugar o permanecer oculto. La falsedad sobre el domicilio del imputado constituye presunción de riesgo de fuga; II. El máximo de la pena que en su caso pudiera llegar a imponerse de acuerdo al delito de que se trate y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante éste; III. El comportamiento del imputado posterior al hecho cometido durante el procedimiento o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal; IV. La inobservancia de medidas cautelares previamente impuestas, o V. El desacato de citaciones para actos procesales y que, conforme a derecho, le hubieran realizado las autoridades investigadoras o jurisdiccionales.

Artículo 169. Peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación.

Para decidir acerca del peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación, el Juez de control tomará en cuenta la circunstancia del hecho imputado y los elementos aportados por el Ministerio Público para

estimar como probable que, de recuperar su libertad, el imputado: I. Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba; II. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera reticente o inducirá a otros a realizar tales comportamientos, o III. Intimidará, amenazará u obstaculizará la labor de los servidores públicos que participan en la investigación.

Artículo 170. Riesgo para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad.

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

Para terminar con el apartado referente a la prisión preventiva previsto en el Código Nacional de Procedimientos Penales, el diverso 171 consagra el principio de contradicción que rige todo el procedimiento penal al establecer las reglas que el Ministerio Público, la víctima y la defensa para ofrecer medios de prueba suficientes que para que el Juez determine la imposición de la medida cautelar privativa de la libertad. De esta manera se preserva no solo la voluntad política de cambio respecto de nuestro sistema penal inquisitivo mixto hacia uno adversarial, sino también muestra el empeño del legislador a que en adelante en los procedimientos pena cumplimiento al derecho humano a una audiencia pública en apego al debido proceso, especialmente cuando se trate de actos de autoridad que vulneren su libertad personal.

Artículo 171. Pruebas para la imposición, revisión, sustitución, modificación o cese de la prisión preventiva Las partes podrán invocar datos u ofrecer medios de prueba con el fin de solicitar la imposición, revisión, sustitución, modificación o cese de la prisión preventiva.

En todos los casos se estará a lo dispuesto por este Código en lo relativo a la admisión y desahogo de medios de prueba.

Los medios de convicción allegados tendrán eficacia únicamente para la resolución de las cuestiones que se hubieren planteado.

2.7.5.3. Estudio de los delitos por los que procede la prisión preventiva oficiosa.

Como lo hemos referido uno de los mayores avances en materia de respeto al derecho de presunción de inocencia, en la reforma penal, es la limitación que se hace al uso de la prisión preventiva al facultar al Juez de control para imponerla oficiosamente, solo cuando se trate de alguno de los delitos expresados por nuestra Constitución y el Código Nacional de Procedimientos Penales; sin embargo, la redacción empleada por el constituyente resulta confusa y ambigua, pues en primer término algunos de los delitos que enlistan como meritorios de prisión preventiva oficiosa, están contemplados tanto en la legislación federal y del fuero común, como es el caso de la violación y el homicidio; en segundo término, la disposición constitucional nos remite a distintos cuerpos normativos creados recientemente ante el incremento de actividades delictivas graves, normatividad que contiene disposiciones específicas respecto a los delitos merecedores de prisión preventiva oficiosa.

2.7.5.3.1. Código Penal Federal.¹⁸⁵

Tanto la Constitución, como el Código Nacional de Procedimientos Penales contemplan en su listado de delitos por los que procede la prisión preventiva oficiosa, ilícitos también contemplados por el Código Penal Federal; no obstante algunos de estos delitos también son contemplados por la normatividad penal del fuero común como el homicidio, la violación, los cometidos en contra del desarrollo de la personalidad, conflicto que puede ser resuelto mediante reformas a los códigos penales del fuero común para que estos delitos sean aplicables deberán, estar contemplados en el código punitivo federal para evitar conflicto de inconstitucionalidad de leyes.

En cuanto a la prisión preventiva, la norma adjetiva penal refiere que ésta se computará para la ejecución de la misma, cuando se dicte sentencia condenatoria al reo, así

¹⁸⁵ Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Código Penal Federal*, visible en el sitio web de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, consultado con fecha 19 de febrero del año 2015.

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5337124&fecha=14/03/2014

como que los procesados sujetos a prisión preventiva y los reos políticos, serán recluidos en establecimientos o departamentos especiales.

Ahora bien, entrando al estudio de los delitos por los cuales se deberá dictar prisión preventiva a los imputados, de acuerdo a lo ordenado por el diverso 19 constitucional, el listado está redactado de una manera muy amplia pues ni la Constitución, ni el Código procesal penal acusatorio nos definen las agravantes, sino que es en el Código Punitivo federal donde las podemos encontrar.

2.7.5.3.1.1. Homicidio.

La primera agravante del delito de privar de la vida a otro es la intencionalidad. Asimismo cuando la víctima fuere menor de edad o enajenado mental; cabe hacer mención que el artículo 313 utiliza los términos “instigador” y “suicida”, lo que en primer término nos hace pensar en el tipo de inducción o auxilio al suicidio, el cual no está previsto como tal ni en la norma fundamental ni en el Código Procesal penal, por lo que dicho tipo no debe ser contemplado como aquellos que merecen prisión preventiva oficiosa.

A continuación el diverso 315 nos habla de los elementos del dolo que son la premeditación, la ventaja, la alevosía o la traición. Respecto al primero de los mencionados, la ley presupone que se configura cuando para desplegar la conducta de homicidio se cometa por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos, venenos o cualquiera otra sustancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes o por retribución dada o prometida; por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad.

Merece prisión preventiva oficiosa el homicidio cometido intencionalmente en casa-habitación, habiéndose penetrado en la misma de manera furtiva, con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo. Igualmente el homicidio cometido a propósito de una violación o un robo por el sujeto activo de éstos, contra su víctima o víctimas. Asimismo el homicidio en razón del parentesco en contra del ascendiente o descendente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, conviviente, compañera o compañero civil, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación.

2.7.5.3.1.2. Genocidio.

El delito en estudio es definido por el diverso 149-Bis del Código Penal Federal de la siguiente manera “Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrarse por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquellos, o impusiese la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo. Si, con idéntico propósito se llevaren a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de dichas comunidades o se trasladaren de ellas a otros grupos menores de diez y seis años, empleando para ello la violencia física o moral... someta intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.”

2.7.5.3.1.3. Violación.

Este tipo penal está contemplado en el diverso 265 del cuerpo de leyes en estudio y es definido como cópula por medio de la violencia física o moral con persona de cualquier sexo, entendiéndose por cópula como la introducción del pene en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral; asimismo se contempla como violación lo que en otros código se denomina violación equiparada pues se sanciona la introducción por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al pene por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

El numeral siguiente equipara la violación al que aun sin violencia realice cópula con persona menor de quince años de edad o con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; asimismo equipara tal ilícito cuando una persona sin ejercer violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al pene en una persona menor de quince años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, agravando la penalidad de estos supuestos cuando se ejerza violencia en contra de la víctima.

Otras agravantes a la penalidad de tal ilícito y cuya presunta comisión amerita prisión preventiva, cuando el acto sea cometido con intervención directa o inmediata de dos

o más personas; o cuando fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima; asimismo cuando por la violación fuere cometida por funcionario público o persona en el ejercicio de su profesión, utilizando los medios o circunstancia que ellos le proporcionen y; cuando la violación fuere cometida por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada.

2.7.5.3.1.4. Traición a la Patria.

Este delito se encuentra dentro del catálogo de los que atentan contra la seguridad de la Nación y está previsto dentro de los diversos 123, 124 y 125 del Código Penal Federal. Asimismo es competencia del fuero federal por estar contemplado únicamente dentro del Código Punitivo Federal y no en normas locales.

Los supuestos que ameritan prisión preventiva, son la realización de actos contra la independencia, soberanía o integridad de la Nación Mexicana con la finalidad de someterla a persona, grupo o gobierno extranjero; tomar parte en actos de hostilidad en contra de la Nación, mediante acciones bélicas a las órdenes de un Estado extranjero, agregando como calificativa el hecho de que el imputado fuere parte de las fuerzas armadas. El privar ilegalmente de la libertad a una persona dentro del territorio para entregarla a autoridades extranjeras; formar grupos armados al servicio de país extranjero con el objeto de atentar contra la soberanía, independencia o territorio nacional; tener relación o inteligencia con persona, grupo o gobierno extranjeros o le dé instrucciones, información o consejos, con objeto de guiar a una posible invasión del territorio nacional o de alterar la paz interior; ocultar o auxiliar a quien cometa actos de espionaje, sabiendo que los realiza; y en general realizar actos tendientes a que autoridades o miembros de país extranjero vulneren la soberanía nacional.

2.7.5.3.1.5. Espionaje.

El delito de espionaje forma parte de los exclusivamente contemplados por la legislación federal en estudio, y no debe confundirse por ejemplo con el delito de “Espionaje contra las instituciones de Seguridad Pública y Procuración de Justicia”, contemplado por la legislación punitiva poblana, y que sanciona a la persona que con la intención de obstruir el desempeño legítimo de las instituciones de seguridad pública o de encubrir o facilitar un delito, aceche, vigile o realice actos tendientes a obtener información sobre la ubicación o actividades de los servidores públicos de las instituciones de seguridad pública o procuración de justicia.

Habiendo aclarado lo anterior, entremos al estudio del delito de espionaje que está comprendido dentro de los diversos 127, 128 y 129 del Código penal, sin embargo el último de los referidos, se trata de encubrimiento, el cual no está contemplado dentro del catálogo de delitos, acreedores de prisión preventiva oficiosa. El artículo 127 se refiere a los extranjeros que en tiempo de paz, con objeto de guiar a una posible invasión o alterar la paz interior, tenga relación o inteligencia con persona, grupo o gobierno extranjeros o le dé instrucciones, información o consejos; así como proporcionar información sobre establecimientos o actividades militares. Igualmente es punible cuando un extranjero declarada la guerra o rotas las hostilidades contra México, tenga relación o inteligencia con el enemigo o le proporcione información que en alguna forma perjudique o pueda perjudicar a México. Por su parte el artículo 128 se refiere a los mexicanos que revele información confidencial a gobierno extranjero, siempre que con ello perjudique a México.

2.7.5.3.1.6. Terrorismo nacional.

Es en el diverso 139 del Código Penal Federal, donde se contempla el ilícito en estudio; cabe hacer mención que este es uno de los ilícitos que también están contemplados dentro del Código Penal de entidades federativas, como lo es el caso de Puebla, que en su norma punitiva en el artículo 160 contempla dicha figura, lo que genera incertidumbre respecto de que ley aplicar en el caso concreto.

Dejando de lado lo anterior, el código federal define al terrorismo como quien intencionalmente usando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo, material nuclear, combustible nuclear, mineral radiactivo, fuente de radiación o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos, o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, intencionalmente realice actos en contra de bienes o servicios, ya sea públicos o privados, o bien, en contra de la integridad física, emocional, o la vida de personas, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para atentar contra la seguridad nacional o presionar a la autoridad o a un particular, u obligar a éste para que tome una determinación, y que tal ilícito sea cometido en territorio nacional. Dicho ilícito agrava la penalidad en una mitad, cuando el bien sobre el que recaiga el ilícito sea de acceso público; se genere un daño a la economía nacional; o bien, para cometerlo se usen rehenes. En este caso y contrariamente a lo contemplado en el caso del delito de espionaje, para el terrorismo si se contempla prisión preventiva oficiosa para el encubridor.

Finalmente el artículo 139 Ter sanciona la simple amenaza de cometer algún acto de terrorismo, lo cual deja en total estado de indefensión al imputado, pues la disposición no refiere si debe existir algún acto material que haga viable la comisión del ilícito, refiriéndose únicamente que la amenaza es suficiente para ser objeto de sanción penal.

2.7.5.3.1.7. Terrorismo internacional.

En principio este tipo penal contemplado en el artículo 148 Bis del multicitado Código Penal Federal, es casi una copia del anteriormente citado, a excepción que en este caso se refiere a que las víctimas sean personas, bienes o servicios, y que las consecuencias de terror o miedo en la población se sufran en un Estado extranjero y con la intención de presionar al propio Estado a tomar o no, cierta determinación. Asimismo se tipifica dentro de este delito el homicidio o la privación de la libertad cometido en agravio de persona internacionalmente protegida, otorgándonos el último párrafo del artículo en estudio, la definición de que personas cumplen con esta característica (Jefe de Estado, los miembros de un órgano colegiado cuando cumpla las funciones de jefe de Estado, un Jefe de gobierno o un ministro de relaciones exteriores, así como los miembros de su familia, cualquier

representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado o de una organización intergubernamental).

De igual manera se sanciona a la persona que en territorio mexicano ejecute cualquier acto violento en contra de locales oficiales, residencias particulares o medios de transporte de una persona internacionalmente protegida. En el mismo sentido se sanciona a quien en territorio mexicano prepare un acto terrorista que se pretenda cometer en el extranjero.

Como ocurre en el tipo de Terrorismo, para el Terrorismo internacional, el Código Nacional de Procedimientos penales prevé prisión preventiva oficiosa para el encubridor de cualquiera de los actos señalados supra; asimismo se sanciona la simple amenaza de realizar un acto de Terrorismo internacional.

2.7.5.3.1.8. Sabotaje.

El Código Penal Federal prevé el delito de sabotaje en el artículo 140; este es otro de los delitos de carácter puramente federal al no estar tipificado en algún ordenamiento local. El sabotaje se define como la destrucción, daño, perjuicio ilícito en contra de las vías de comunicación, servicios públicos, funciones de las dependencias del Estado, organismos públicos descentralizados, empresas de participación estatal, órganos constitucionales autónomos o sus instalaciones; plantas siderúrgicas, eléctricas o de las industrias básicas; centros de producción o distribución de artículos de consumo necesarios de armas, municiones o implementos bélicos, siempre que la afectación se realice con el fin de trastornar la vida económica del país o afectar su capacidad de defensa.

2.7.5.3.1.9. Los previstos en el artículo 142 párrafo segundo y 145.

Los artículos 142 y 145 se encuentran en el Capítulo IX del Título Primero del Libro segundo denominado Delitos contra la seguridad de la Nación; el referido capítulo IX contiene las disposiciones comunes para los capítulos de este Título.

El párrafo segundo del artículo 142 del Código punitivo federal al que hace referencia el Código Nacional de Procedimientos Penales contiene la conducta merecedora

de prisión preventiva oficiosa, y ordena que esta procederá en la investigación del delito en contra de quien “instigue, incite o invite a militares en ejercicio, a la ejecución de los delitos a que se refiere este Título...”, y toda vez que dentro del título referido se encuentran los delitos de traición a la patria; espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo, financiamiento al terrorismo, terrorismo internacional, sabotaje y conspiración, procederá la prisión preventiva oficiosa.

Consideramos que la anterior disposición resulta excesiva e inequitativa, pues en primer término señala que la penalización se realizará contra el instigador solamente y no así contra el autor material (pues en todo caso la sanción para el elemento de las fuerzas armadas será sancionado conforme a la legislación castrense correspondiente); sin embargo, el numeral en cita dispone que la sanción se realizará por la incitación a la comisión de todos y cada uno de los delitos comprendidos en el Título, siendo que no por todos los ilícitos comprendidos en la modalidad de comisión, hay lugar a prisión preventiva, es decir, la ley prevé una mayor necesidad de cautela por la incitación que por la comisión misma, lo cual a criterio del postulante resulta excesivo, pues a modo de ejemplo, por la comisión del delito de motín, no se contempla la prisión preventiva oficiosa, pero sí por la incitación a éste.

A continuación el artículo 145 prevé una penalidad mayor para funcionarios públicos de los tres niveles de gobierno, de organismos públicos descentralizados, de empresas de participación estatal o de servicios públicos, federales o locales, o de órganos constitucionales autónomos, que incurran en alguno de los delitos previstos por el Título en referencia. En ese sentido, el Código Penal incurre en el derecho penal de autor y no de resultado para determinar una penalidad superior por la comisión del mismo acto solo por la calidad del sujeto; y en el caso en estudio, la calidad del sujeto tiene aparejada la imposición oficiosa de la prisión preventiva durante la sustanciación del procedimiento.

2.7.5.3.1.10. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo.

Este tipo penal se encuentra comprendido dentro del diverso 201 del Código Penal Federal, y sus elementos son el constreñimiento a una o varias personas menores de 18 años de edad o una o varias personas incapaces para realizar cualquiera de los siguientes actos: consumo habitual de bebidas alcohólicas; consumo de sustancias tóxicas o narcóticos; mendicidad con fines de explotación; comisión de algún delito; formar parte de una asociación delictuosa; o, realizar actos de exhibicionismo corporal o sexuales simulados o no, con fin lascivo o sexual.

El artículo en cita prevé como causas de exclusión de responsabilidad penal, cuando se trate de mendicidad por situación de pobreza o abandono; programas preventivos, educativos o de cualquier índole que diseñen e impartan las instituciones públicas, privadas o sociales

2.7.5.3.1.11. Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas incapaces.

Tipo penal está previsto por el diverso 202 del código punitivo y se define como, procurar, obligar, facilitar o inducir, a una o varias personas menores o incapaces a realizar actos sexuales o de exhibicionismo corporal con fines lascivos o sexuales, con el objeto de video grabarlos, fotografiarlos, filmarlos, exhibirlos o describirlos a través de anuncios impresos, transmisión de archivos de datos en red pública o privada de telecomunicaciones, sistemas de cómputo, electrónicos o sucedáneos. Asimismo están sancionadas serán para las personas que impriman, video graben, fotografíen, filmen, describan, reproduzcan, almacenen, distribuyan, vendan, compren, arrienden, expongan, publiciten, transmitan, importen o exporten el material a que se refiere el tipo penal.

2.7.5.3.1.12. Turismo sexual en contra de menores o incapaces.

Tipo penal contemplado por el artículo 203 del Código Penal Federal y se define como la promoción, publicidad, invitación, facilitación o gestión que una o más personas viajen al

interior o exterior del territorio nacional con la finalidad de que realicen cualquier tipo de actos sexuales con una o varias personas menores de dieciocho años de edad o incapaces. Igualmente serán sancionados quienes realicen actos sexuales con los sujetos pasivos referidos, en virtud del turismo sexual.

2.7.5.3.1.13. Lenocinio en contra de menores o incapaces.

Este delito se encuentra previsto por el numeral 204 y se define como la explotación sexual, inducción o solicitud del cuerpo de las personas antes mencionadas, por medio del comercio carnal u obtenga de él un lucro cualquiera; el tipo penal también incluye a quien regentee, administre o sostenga prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia dedicados a explotar la prostitución de las personas referidas.

2.7.5.3.1.14. Pederastia.

Este ilícito contemplado en el artículo 209 Bis del cuerpo de leyes en estudio. El primero elemento de este tipo penal es la condición del sujeto activo en virtud del cual obtiene ventaja sobre la víctima, pues se prevé que por medio de la confianza, subordinación o superioridad que tiene sobre un menor de dieciocho años o incapaz, derivada de su parentesco en cualquier grado, tutela, curatela, guarda o custodia, relación docente, religiosa, laboral, médica, cultural, doméstica o de cualquier índole y ejecute, obligue, induzca o convenza a ejecutar cualquier acto sexual, con o sin su consentimiento. Conducta agravada en la penalidad para quien además haga uso de la violencia para lograr su cometido.

2.7.5.3.1.15. Tráfico de menores.

Ese ilícito contemplado en el artículo 366 Ter del cuerpo de leyes en cita, cuyo presunto infractor merece prisión preventiva de acuerdo con lo previsto en el Código Nacional de Procedimientos Penales. Está contemplado por varios supuestos para su comisión, sin embargo su elemento principal es trasladar a un menor de dieciséis años de edad o entregarlo a un tercero, de manera ilícita, fuera del territorio nacional, con el propósito de obtener un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega; del mismo modo el tipo penal contempla como sujeto activo del delito a las personas que reciban al menor. El

sujeto activo que realiza la entrega o traslado del menor dentro de este ilícito debe cumplir ciertas características que lo vinculen con el menor, y los supuestos son ejercer la patria potestad o custodia sobre el menor; ser ascendientes sin límite de grado, los parientes colaterales y por afinidad hasta el cuarto grado.

La ley presupone que el activo tiene conocimiento de la ilicitud del traslado o entrega del menor cuando quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor no han otorgado su consentimiento expreso para el traslado o la entrega, o cuando quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor obtendrán un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega.

2.7.5.3.1.16. Contra la salud.

Estos delitos en síntesis refieren al tráfico de narcóticos prohibidos o controlados, los supuestos merecedores de sanción preventiva durante la sustanciación del procedimiento están contemplados por los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.

El primero de los artículos supra citados prevé diversos supuestos, el primero se refiere a quien produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos (estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud), sin la autorización correspondiente a que se refiere la ley en cita.

El segundo supuesto se refiere a la introducción o extracción de algún narcótico prohibido, aun cuando el tráfico no se haya concretado, x si por las características del hecho se puede desprender que esa era la intención.

El tercer supuesto se refiere a la financiación de algún proyecto criminal que tenga como finalidad lograr alguna de las conductas contenidas en los supuestos anteriores.

El cuarto y último supuesto penado por el artículo en cita se refiere a la publicidad o propaganda, para el consumo de algún narcótico determinado por la Ley General de Salud.

El artículo inmediato posterior se refiere a la penalidad merecedora para quien posea sin autorización, alguno de los narcóticos por la Ley General de Salud, siempre y cuando se acredite que esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas anteriormente. El medio de acreditar que la posesión tenía la finalidad de realizar las conductas punibles se acredita con la cantidad de narcótico hallado en posesión del activo, siempre que ésta sea superior a multiplicar por mil veces las cantidades indicadas en el tabulador comprendido por el artículo 479 de la Ley General de Salud.

A continuación el Código Procesal señala que merecerá prisión preventiva al imputado por la comisión del tipo previsto en el artículo 196 Bis del Código Penal Federal, sin embargo a la fecha de realización de esta investigación, dicho numeral se encuentra derogado.

El artículo 196 Ter dispone la penalidad para quienes contribuyan a desviar precursores químicos, productos químicos esenciales o máquinas, al cultivo, extracción, producción, preparación o acondicionamiento de narcóticos en cualquier forma prohibida por la ley. En ese sentido el legislador pretende punir cualquier acto tendiente a la producción, cultivo o extracción de los narcóticos prohibidos por la Ley General de Salud, aun cuando la actividad desplegada por el activo no sea precisamente esa, sino una actividad que por necesidades técnicas sea anterior a la producción directa del narcótico. En cumplimiento del principio de taxatividad y legalidad, el código penal en estudio nos remite a la Ley Federal para el control de Precursores Químicos, Productos Químicos esenciales y Máquinas para elaborar cápsulas, tabletas y/o Comprimidos.

Por su parte el primer párrafo del diverso 197 del cuerpo de leyes en cita y que es contemplado como merecedor de prisión preventiva oficiosa, se refiere a la administración de algún narcótico, señalado por la Ley General de Salud, sin que medie prescripción médica, agravando la sanción si la víctima fuere menor de edad, al respecto consideramos que esta disposición es ociosa pues el diverso 194 prevé esta modalidad del tipo penal contra la salud en estudio.

El artículo 198 contiene causas de reducción de la sanción a favor del campesino, jornalero o trabajador que por su escasa instrucción se dedique al cultivo, siembra, cultivo o

cosecha de marihuana, amapola, hongos alucinógenos, peyote o cualquier otro vegetal que produzca efectos similares, por cuenta propia, o con financiamiento de terceros, cuando en él concurren escasa instrucción y extrema necesidad económica; cabe señalar que por mandato del Código Nacional de Procedimientos Penales ésta modalidad del ilícito no merece prisión preventiva oficiosa. Sin embargo, la conducta contemplada en la primera parte del párrafo tercero, si es considerada como acreedora de la medida provisional en estudio, y es que el ilícito de cultivo, siembra, cultivo o cosecha fuere cometido por servidor público de alguna corporación policial.

2.7.5.3.2. Ley General de Salud.¹⁸⁶

De la literalidad del artículo 19 constitucional y del 167 del Código Nacional de Procedimientos penales se desprende que el primer ordenamiento donde encontramos los ilícitos cuya presunta comisión amerita prisión preventiva oficiosa para el imputado es el Código Penal Federal analizado en el punto que antecede. Asimismo en los artículos referidos se ordena que *“las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.*

La ley en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.” En ese sentido procederemos a estudiar en cada una de estas leyes los supuestos de los ilícitos que ameritan dicha medida cautelar.

En primer término, se estudiará lo referente a nuestro tema contemplado en la Ley General de Salud, que en el capítulo VI del Título Décimo Octavo, contiene los tipos penales especiales y propios de la materia entre los que se encuentran contaminación de aguas, tráfico ilegal de sangre, tráfico de tejidos humanos, distribución de alimentos en descomposición o mal estado, contaminación por radiación, delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo, etcétera.

¹⁸⁶ Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley General de Salud*, visible en el sitio web oficial de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, consultada el 12 de abril del 2015.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_121115.pdf

Sin embargo, en dicho ordenamiento no existe mandato alguno respecto de la clasificación de los delitos graves cuya presunta comisión amerite prisión preventiva oficiosa. El único artículo que hace referencia al tema en estudio es el diverso 480 que ordena que los procedimientos penales por los delitos contenidos en dicha norma, se ajustarán a los Códigos procesales penales de cada localidad, a excepción del destino y destrucción de los narcóticos y la clasificación de delitos graves con objeto de conceder o no al imputado el beneficio de libertad caucional, en cuyo caso se deberá estar atento a lo ordenado por el Código Federal de Procedimientos Penales.

Lo anterior resulta verdaderamente absurdo y contradictorio, pues de una parte la norma fundamental y el Código Nacional de Procedimientos Penales, que contiene los lineamientos del sistema acusatorio penal nos remiten a la Ley General de Salud, ello con el objeto de conocer cuáles serán los delitos por cuya supuesta comisión, el imputado estará oficiosamente bajo prisión preventiva durante el proceso; y resulta que la ley general en su carácter de norma auxiliar, a pesar de que el Código Nacional de Procedimientos penales ha entrado en vigor, no ha sido objeto de reforma y nos remite al código procesal derogado.¹⁸⁷

En función de lo anterior, y toda vez que la Ley General de Salud no contempla expresamente los supuestos por los que el imputado estará bajo prisión preventiva, podríamos concluir que dentro de los procesos penales iniciados en contra de los imputados por alguno de los ilícitos que en ella se contemplan, los procesados no se encontrarían forzosamente privados de su libertad bajo régimen de prisión preventiva oficiosa; sin embargo, no debemos olvidar que el Código Penal Federal estudiado analizado anteriormente en sus artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero, contempla las modalidades del delito de narcotráfico que serán las únicas por las cuales procederá oficiosamente la medida cautelar de prisión preventiva.

¹⁸⁷ Honorable congreso de la Unión, “*Diccionario general de términos parlamentarios*”, visible en el sitio web de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión consultado el día 11 de marzo del 2015
http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/virtual/dip/dicc_tparla/a.pdf

2.7.5.3.3. Ley General para prevenir y sancionar delitos en materia de secuestro.¹⁸⁸

El objeto de esta ley de acuerdo con su artículo segundo es establecer los tipos y punibilidades en materia de secuestro; igualmente nos refiere que el Código Penal Federal, el Código Nacional de Procedimientos Penales, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y los códigos de procedimientos penales de los Estados son sus normas supletorias.

La ley en estudio en su capítulo XIV denominado “De la Prisión Preventiva y de la Ejecución de Sentencias”, ordena que a los imputados por la comisión de alguno de los delitos que la ley aborda, se le aplicarán las medidas de vigilancia especiales previstas en la legislación aplicable, prohibiendo cualquier tipo de traslado de dichos procesados incluso para la práctica de actuaciones judiciales.

En el único punto que aborda el tema de la prisión preventiva, es al referirse que respecto de los individuos imputados o sentenciados que proporcionen o hayan proporcionado información útil a la autoridad para lograr la detención de otros individuos, tanto la medida cautelar como la prisión, como pena, se ejecutaran en centros penitenciarios distintos a aquellos en los que se recluya a las personas detenidas gracias a la información brindada. De tal modo, no se establece de manera específica en como habrá de ejecutarse la medida preventiva de libertad, por lo que debemos atenernos a lo ordenado por el Código Nacional de Procedimientos Penales.

2.7.5.3.4. Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley General para prevenir y sancionar delitos en Materia de Secuestro*, visible en el sitio web oficial de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, consultada el 18 de abril del 2015. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPSDMS_170616.pdf

Igual que en las normas generales analizadas anteriormente, los códigos procesales que deberán observarse supletoriamente, son el Código Federal de Procedimientos Penales y los Códigos de Procedimientos Penales de las entidades federativas. Lo anterior es un yerro constante por parte del legislador, pues las leyes generales de salud, secuestro, trata de personas y delincuencia organizada, que refiere el Código Nacional de Procedimientos Penales siguen remitiendo a los códigos procedimentales inquisitivos o mixtos de las distintas entidades federativas, que han sido abrogados a partir de junio de este año, y nacional.

Respecto a los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, el artículo 7 ordena que todos los ilícitos contemplados en dicha ley ameriten tal medida cautelar, excepto las previstas en los artículos 32, 33 y 34; por metodología estudiaremos los ilícitos y sus modalidades contemplados por los diversos no excluidos. El primero de ellos se encuentra regulado en el artículo 10 de dicha ley y define a la trata de persona, a toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación. Para efecto de definir la explotación, la presente ley nos define que es la esclavitud, la condición de siervo, la prostitución ajena y explotación sexual, explotación laboral, el trabajo o servicios forzados, la mendicidad forzosa, la utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas, la adopción ilegal de persona menor de dieciocho años, el matrimonio forzoso o servil, tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos y, experimentación biomédica ilícita en seres humanos.

Los artículos 14 al 20 se refieren a los supuestos de explotación sexual en sus variantes de producción de material pornográfico (desde la producción, edición, publicidad y comercialización del mismo), realización de actos sexuales o de exhibicionismo corporal, turismo sexual, inducción a prestar servicios sexuales bajo engaño.

¹⁸⁹ Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en Materia de Trata de Personas y para la protección y asistencia a las Víctimas de estos delitos*, visible en el sitio web oficial de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, consultado el 18 de abril del 2015. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPSEDMTP.pdf>

Por su parte la explotación laboral está contemplada en el artículo 21 del cuerpo de la ley en estudio, y se define como la obtención directa o indirecta de un beneficio económico o de otra índole injustificable, de manera ilícita mediante el trabajo ajeno sometiendo a la víctima condiciones peligrosas o insalubres, sin las protecciones necesarias; manifiesta desproporción entre la cantidad de trabajo realizado y el pago efectuado por ello o; por el pago de un salario por debajo de lo legalmente establecido.

En el mismo tenor el diverso 22 define que existe trabajo forzado cuando se obtiene mediante el uso de la fuerza, amenaza, coerción bien utilizando la fuerza o la amenaza de la fuerza de una organización criminal; se cause un daño grave o amenaza de daño grave a esa persona que la ponga en condiciones de vulnerabilidad; se obtenga mediante el abuso o amenaza de la denuncia ante las autoridades de las condiciones de la víctima que le posicionen en vulnerabilidad.

La explotación por mendicidad se encuentra prevista por el artículo 24, entendiéndose por explotación de la mendicidad ajena, el obtener un beneficio al obligar a una persona a pedir limosna o caridad contra su voluntad, a través de la amenaza de daño, engaño o al uso de la fuerza.

El diverso 25 prevé la sanción para quien utilice a personas menores de dieciocho años en cualquiera de las actividades delictivas señaladas en el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, y que son: Terrorismo; financiamiento al terrorismo; terrorismo internacional; contra la salud, tráfico, comercio, introducción o extracción del país, financiamiento, propaganda para el consumo y, posesión de narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud; falsificación o alteración de moneda; en materia de hidrocarburos; operaciones con recursos de procedencia ilícita; acopio y tráfico de armas; tráfico de indocumentados; tráfico de órganos; ; corrupción de personas, pornografía, turismo sexual, lenocinio, tráfico de menores, todos ellos cuando la víctima sea menor de 18 años o incapaz; así como el delito de robo de vehículos, asalto y; secuestro.

Por su parte el artículo 26 determina la penalidad para el padre, madre o tutor que entregue o reciba de forma ilegal, ilícita, irregular o incluso mediante adopción, a una

persona menor de dieciocho años con el fin de abusar o explotar de ella sexualmente. El diverso siguiente, tipifica la entrega o recibimiento oneroso de persona menor de 18 años a excepción de que la persona que recibe al menor actúe de buena fe con el fin de integrarla como parte de su núcleo familiar con todas sus consecuencias.

El artículo 28 penaliza a la persona que obligue a otra a contraer matrimonio aun de forma gratuita; en relación con ello, el numeral 29 sanciona a la persona que obligue a su cónyuge, concubina o concubinario a prostituirse.

El diverso 30 tipifica la conducta ilícita de extracción, remoción u obtención de un órgano, tejido o células de seres humanos vivos, a cambio de un beneficio o a través de una transacción comercial. Relacionado con ello el artículo 31 prevé sanción privativa de libertad para quién aplique sobre una persona o un grupo de personas procedimientos, técnicas o medicamentos no aprobados.

En este caso el artículo 35 de la ley en estudio, prevé una sanción para las personas que a sabiendas de la situación de que se trata, adquieran, usen, compren, soliciten o alquilen servicios de una persona para cualquiera de los fines previstos en los delitos contemplados. Asimismo se sanciona a las personas que divulguen ilícitamente información confidencial relacionada con los delitos, procesos y personas objeto de esta norma.

Como podemos apreciar del apunte anterior, el catálogo de ilícitos cuyo imputado amerita la imposición de la medida cautelar privativa de la libertad, es bastante amplio; pues además de prever delitos contra la salud, contra el desarrollo de las personas y contra la seguridad de la nación (que por cierto también están contemplados en la norma fundamental, la procedimental y el código penal federal por lo que su integración en este catálogo resulta repetitiva), también se contempla una serie de ilícitos de gran daño social, como lo es la esclavitud, utilización de menores de edad en actividades ilícitas, explotación laboral, entrega ilícita de menores, etc.

No obstante también se enlistan ilícitos de relativa menor daño como el robo de vehículo, cuya afectación es netamente patrimonial y por ende su daño no es equiparable a

los señalados por la norma constitucional; entendemos que este ilícito está señalado por la ley en estudio, en virtud de la alta incidencia en nuestra sociedad de acuerdo a los índices delictivos estudiados en el capítulo II de esta investigación.

2.7.5.3.5. Ley General contra la delincuencia organizada.¹⁹⁰

Esta ley fue publicada el mes de noviembre del año 1996; como se desprende del artículo 1 de la misma, su objeto es establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Es el artículo 2, el que define a la delincuencia organizada como “cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas, que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes”. En ese sentido, se define a esta modalidad delictiva a partir de la pluralidad de los agentes activos y, que hacen de la actividad criminal su *modus vivendi*.

Cabe señalar que la Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en Materia de Trata de Personas y para la protección y asistencia a las Víctimas de estos delitos, nos remite a varios de los supuestos criminales establecidos por la ley de delincuencia organizada en estudio, es decir, la ley para el combate de la trata de personas, establece que los imputados por los ilícitos contemplados en la norma en estudio, deberán permanecer reclusos en prisión preventiva durante la sustanciación del proceso penal. Los ilícitos a que se refiere esta norma están contemplados en su mayoría dentro del Código Penal Federal, no obstante también nos remite a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, a la Ley de Migración, a la Ley General de Salud, la anteriormente referida ley en materia de trata de personas y, finalmente a la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, los ilícitos son:

¹⁹⁰ Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley General contra la Delincuencia Organizada*, visible en el sitio web oficial de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, consultada el 18 de abril del 2015.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/101_160616.pdf

Terrorismo; financiamiento al terrorismo; terrorismo internacional; contra la salud, producción, tráfico, comercio, introducción o extracción del país, financiamiento, propaganda para el consumo y, posesión de narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud; falsificación o alteración de moneda; en materia de hidrocarburos; operaciones con recursos de procedencia ilícita; acopio y tráfico de armas; tráfico de indocumentados; tráfico de órganos; corrupción de personas, pornografía, turismo sexual, lenocinio, tráfico de menores todos ellos cuando la víctima sea menor de 18 años o incapaz; así como el delito de robo de vehículos, asalto; y secuestro

Ahora bien, el Título Cuarto en su capítulo único intitulado De la Prisión Preventiva y Ejecución de las Penas y Medidas de Seguridad contempla disposiciones especiales para los ilícitos contemplados por la ley en estudio. En materia de nuestro tema de estudio que es la prisión preventiva, el artículo 42 ordena que los procesados o sentenciados que colaboren en la persecución y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada, deberán permanecer reclusos en establecimientos distintos de aquéllos en que estos últimos estén reclusos, ya sea en prisión preventiva o en ejecución de sentencia.

Con lo anterior finalizamos con el estudio pormenorizado de los ilícitos contemplados por la constitución a partir de la reforma constitucional penal y por los cuales procede la prisión preventiva oficiosa. Como lo hemos mencionado en líneas que anteceden, al realizar el examen de las normas secundarias a que nos refiere la Constitución y el código procesal, la lista de ilícitos se incrementa considerablemente; a la que debemos agregar todos los demás ilícitos de menor gravedad siempre y cuando sean cometidos con medios violentos –como armas o explosivos-, manifestación última que deja abiertas las posibilidades a dictar prisión preventiva oficiosa, dentro de los procedimientos penales instaurados por delitos principalmente patrimoniales, y que es muestra de la política criminal que si bien por una parte restringe el alcance del poder punitivo y limita el uso de la prisión preventiva, por otra parte no desatiende el fenómeno criminal de nuestro país que comúnmente persigue fines de lucro.

No obstante, reconocemos y aplaudimos la voluntad política del gobierno en su facultad legislativa para desincentivar el uso excesivo de la prisión preventiva y con ello las múltiples vulneraciones que sufre no solo el imputado, sino sus familiares y dependientes, así como los propios elementos de seguridad y cuerpo administrativo de los centros penitenciarios quienes deben prestar sus servicios en recintos donde su seguridad no está garantizada. Al mismo tiempo, el análisis de la normatividad adjetiva nos arroja un resultado trascendente para nuestro estudio, y que es que efectivamente la normatividad penal y procesal penal a partir de la reforma constitucional del 2008, que comprende una menor cantidad de delitos graves por los que proceda la prisión preventiva oficiosa, ello comparado con los cuerpos normativos locales vigentes antes de la implementación del sistema acusatorio.

En este nuevo catálogo de ilícitos por los que procede prisión preventiva oficiosa, se limita a delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos; también nos remite a leyes secundarias que extiende el campo de acción de dicha institución, como lo son las leyes generales en materia de trata de personas, de salud, de delincuencia organizada y demás que del propio ordenamiento constitucional se desprenden. Ello genera que si bien se limita la procedencia oficiosa de dicha medida cautelar, evita todo tipo de controversia sobre su imposición solamente por el tipo penal adjudicado al imputado, y no permite un estudio individualizado de las circunstancias de la supuesta comisión del ilícito, ni de las condiciones particulares del presunto responsable.

De ese modo y no obstante a que las conductas ilícitas previstas por todo el marco jurídico punitivo como merecedoras de prisión preventiva oficiosa son más extensas de lo que aparentan constitucionalmente, limitan a las contempladas por ordenamientos procesales vigentes, en diversos sitios de la república, por las que actualmente tenemos una gran cantidad de internos sujetos a prisión preventiva en los centros penitenciarios; especialmente nos referimos a los delitos patrimoniales que han desaparecido del catálogo de delitos graves, y por cuya simple investigación los procesados ya no serán recluidos oficiosamente en prisión mientras dura el procedimiento. En ese sentido debemos ser claros que a pesar de que a la fecha el sistema acusatorio ha sido implementado, aún quedan

ventilándose miles de procesos penales a lo largo del país que se rigen bajo el sistema mixto previsto en leyes procesales locales y del fuero federal; normatividad que sigue vinculando a los tribunales a remitir oficiosamente a cientos de individuos, a los de por sí ya sobresaturados centros penitenciarios, hasta en tanto se les dicte sentencia definitiva.

2.7.5.4. Tratados internacionales signados por México en materia de Derechos Humanos que contienen disposiciones relativas a la prisión preventiva.

En función de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011, los tratados internacionales en materia de derechos humanos se integran al bloque de constitucionalidad, lo que significa que éstos deben ser considerados y aplicados por las autoridades en el mismo rango que los derechos reconocidos por la Constitución Federal; no obstante dentro de los propios instrumentos existen algunos de aplicación prioritaria. Héctor Fix-Zamudio refiere que de acuerdo a la trascendencia y amplitud proteccionista, los tratados en materia de derechos humanos tienen cierta ponderación; el primer bloque de acuerdos internacionales que contienen derechos humanos está integrado por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, que es el documento internacional por excelencia en materia de derechos humanos; le sigue en orden de importancia la Convención Americana de Derechos Humanos (pacto de San José), con sus protocolos adicionales en materia de derechos económicos sociales y culturales.

De manera secundaria existen diversos tratados internacionales especializados en materias diversas; estos tratados no poseen un carácter tan relevante en el bloque de constitucionalidad en función de que los derechos humanos y deberes de los Estados parte, ya son contemplados de manera general por los instrumentos comprendidos dentro del primer bloque. Cada uno de los tratados aborda un tema de manera específica, como lo son la convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, la convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial, la convención Contra la Tortura y

otros tratos o Penas Cruelles y el Protocolo sobre la Abolición de la Pena de Muerte de 1941 y el Estatuto y Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁹¹

Nuestro tema de investigación, que es la retroactividad de la ley penal a favor del reo en materia de prisión preventiva oficiosa, no está contemplada como tal en ninguno de los tratados internacionales supra citados, no obstante dentro de los cuerpos normativos se encuentran disposiciones respecto al derecho fundamental a la libertad, el derecho a una impartición de justicia pronta y expedita y, el derecho a que se aplique la ley más benigna y se interprete de la manera más favorable para la persona. Así, del primer bloque de tratados internacionales que nos refiere el maestro Fix-Zamudio, solamente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana de Derechos Humanos contienen plasmados los derechos que en el caso nos ocupan. No obstante, para efecto de enriquecer esta investigación procederemos a analizar lo ordenado por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; el documento que contiene las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos y; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para así analizar el marco normativo que contiene derechos y figuras jurídicas relacionadas con nuestra investigación.

Sin embargo, debemos entender que la jurisprudencia de los tribunales internacionales también es considerada pieza fundamental dentro del bloque de constitucionalidad en México. En primer término están los criterios jurisprudenciales dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues a partir de las repercusiones que tuvo la sentencia dictada dentro del caso de la desaparición del señor Rosendo Radilla, es considerada como una de las fuentes más importantes de interpretación normativa vinculante.

¹⁹¹ FIX-Zamudio, Héctor, y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo*, 2ª edición, México 2013, Editorial Porrúa. P.187.

2.6.5.4.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.¹⁹²

Este tratado internacional es el que concibe a los derechos humanos de una manera más amplia o general, en ese sentido no nos aporta un mandato específico respecto de nuestro tema de estudio; no obstante en su artículo 1 se comprenden el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona; de lo que podemos entender que se está haciendo un primer catálogo de derechos en cuanto a su trascendencia, es decir, se clasifica de primera instancia los derechos del hombre de mayor relevancia, dentro de los cuales se encuentra la libertad en segunda instancia solamente después del derecho a la vida.

Por su parte el artículo XXV denominado “Derecho de protección contra la detención arbitraria”, marca una serie de derechos del hombre en materia de libertad personal, para ello establece prohibiciones para el Estado en virtud de las cuales ha de ajustarse al principio de legalidad, así como su obligación para la impartición de justicia de manera pronta y expedita sobre todo en tratándose de casos en que una persona se encuentre privado de su libertad. Respecto a esto último, pondera el derecho humano a la presunción de inocencia pues establece que en caso de que no se verifique la legalidad de la privación de la libertad, la persona deberá ser puesta en libertad.

Por último el artículo en estudio prevé de manera genérica que la persona privada de su libertad tiene el derecho a recibir un trato “humano”; en ese sentido a pesar de que el término utilizado es bastante ambiguo, es a través de posteriores tratados y protocolos adicionales en que se especifican las condiciones mínimas para la reclusión de los individuos.

Finalmente respecto al tema que nos interesa, el artículo XXVI denominado “Derecho a proceso regular”, especifica la protección del instrumento internacional hacia el imputado dentro del proceso penal, al plasmar textualmente el derecho a la presunción de inocencia y obligación del Estado, a comprobar la totalidad de los elementos que integren

¹⁹² IX Conferencia Internacional Americana, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, visible en el sitio web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultada el día 8 de octubre del año 2014.

<https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosDeclaracion/PAG0247.pdf>

el tipo penal que se le achaca al individuo; del mismo modo se ordena a las autoridades administrativas y penales de los Estados parte para cumplir con el principio de imparcialidad de la autoridad juzgadora; la publicidad del juicio con el fin de evitar prácticas de secrecía proclives a actos de autoritarismo e impunidad. También se incluye el derecho humano a ser juzgado solamente por actos señalados por la ley, como delitos en el momento de la presunta comisión, y por tribunal previamente establecido, es decir, se inserta el principio de legalidad y no retroactividad de la ley en contra del reo y el derecho a no ser juzgado por tribunales especiales.

2.7.5.4.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos (pacto de San José).¹⁹³

Este acuerdo suscrito en virtud de la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, que entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Actualmente es pieza fundamental del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos; esta convención junto con la Carta de la Organización de Estados Americanos son el fundamento legal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En virtud de que al celebrar la convención, los Estados parte adquirieron el compromiso de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, obligándose a garantizar su ejercicio a toda las personas sujeta a su jurisdicción, por consiguiente los Estados parte se obligaron a adoptar políticas públicas y medidas legislativas que fueren necesarias para hacerlos efectivos.

La Comisión tiene facultades de investigar y producir informes sobre todos los países integrantes de la OEA, independientemente de que estos hubieran ratificado o no algún tratado de derechos humanos. La Comisión Interamericana es el órgano ante el cual acuden los denunciantes de violaciones a los derechos humanos dentro del sistema interamericano, luego de cumplir ciertos requisitos tales como el agotamiento de los

¹⁹³ Organización de Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, visible en el sitio web oficial de la Organización de Estados Americanos, consultado el día 23 de febrero del año 2014.

http://www.oas.org/dil/esp/tratados/B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

recursos internos.¹⁹⁴ Por su parte la Corte Interamericana tiene competencia consultiva y contenciosa; respecto a la primera, su competencia puede ejercerse “...sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estado ajenos al sistema interamericano”.¹⁹⁵

En cuanto a la facultad contenciosa de la Corte, tal como se desprende de los artículos 61.1 y 61.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, solo pueden acudir la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los Estados Parte del Pacto de San José de Costa Rica, y para que un Estado sea llevado a juicio, es necesario que el , anteriormente haya hecho la declaración especial para ello, tal es el caso de México; por ese motivo la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 23 de noviembre del año 2009, en la cual se condena al Estado mexicano por la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco a manos de miembros del ejército en el año de 1974.

La resolución jurisdiccionalmente tiene su fundamento en que el Estado mexicano al celebrar y ratificar el pacto de San José se obligó a vigilar que los derechos reconocidos por la Convención, sean respetados a pesar de que existan leyes locales que los limiten o contravengan, así el Poder Judicial local y federal debe ser un órgano que ejerza un control de convencionalidad.

Pasando a nuestro tema de estudio, es en el artículo 5 de la Convención denominado “Derecho a la Integridad Personal”, en sus puntos 2 y 4 en los que se prevén derechos que

¹⁹⁴ SALVIOLI, Fabián Omar, “*Algunas reflexiones sobre la indemnización en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos humanos*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 10 de octubre del año 2014, P.147.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1837/12.pdf>

¹⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Fix, Zamudio, Héctor, *opinión consultiva OC1/82. Otros tratados*, Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 1982, párrafo primero de resolución final, visible en el sitio web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 28, consultado el 15 de mayo del 2016.

<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1266.pdf?view=1>

la persona privada de su libertad por mandato judicial debe ser objeto de trato digno; así como al derecho de los sujetos a proceso para estar separados de los condenados salvo casos de excepción. Como lo arrojan los datos estudiados en el apartado criminológico de esta tesis, el sistema penitenciario en México difícilmente puede cumplir tales exigencias dadas las características de sobrepoblación carcelaria y el déficit presupuestario; lo anterior tiene estrecha relación con lo ordenado por la Convención en estudio, que en el mismo apartado ordena que los procesados que se encuentren bajo prisión preventiva, tienen un derecho subjetivo contra el Estado para recibir un trato “adecuado a su condición de personas no condenadas” (lo que desde un principio resulta contradictorio dada la naturaleza invasiva de la medida cautelar pues se le restringe una amplia gama de sus derechos fundamentales).

Independientemente de esa contradicción, la carencia de las condiciones mínimas de higiene, que a su vez tiene efecto en la salud de la población carcelaria, así como los constantes brotes de violencia y abusos por parte de los internos y los propios custodios, son algunos de los factores que hacen imposible que los sujetos a prisión preventiva vivan en condiciones dignas de “personas no condenadas”.

En su artículo 7 titulado “Derecho a la Libertad Personal”, el punto número 2 se refiere al principio de legalidad en cuanto a la privación de la libertad; en este apartado ordena que las privaciones de la libertad deberán acatar los lineamientos dictados por la Constitución Política de los Estados parte. En el caso de México, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 4 transitorio de la reforma constitucional, que restringe la retroactividad de la ley a favor del reo en materia procesal penal, disposición que ha sido avalada por la Suprema Corte de Justicia, quien ha dictado resoluciones negando la operatividad de la retroactividad de la ley en beneficio del reo, so pretexto de que las reglas procesales al establecer las reglas de las fases, mediante las cuales se ha de juzgar a un individuo, éstas no pueden variar una vez iniciado el procedimiento sin vulnerar el derecho del imputado a la seguridad jurídica.

No obstante, la propia Convención Americana en su artículo 29 denominado “Normas de Interpretación” establece los lineamientos conforme a los cuales deberán interpretarse los mandatos en ella contenida, y que transcribimos a continuación:

...Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

El artículo 8 de la convención en estudio denominado “Garantías Judiciales”, nos remite a la presunción de inocencia de los sujetos a proceso penal, estrechamente vinculada con el tema de prisión preventiva. Al respecto sería muy favorable para el imputado poder gozar de su libertad (y los derechos que de ella se derivan), toda vez que la normatividad que regula el sistema acusatorio penal en determinados casos les puede dar acceso a tal beneficio, lo que por sí mismo implicar un mayor respeto al derecho de presunción de inocencia, así como reducir la sobrepoblación carcelaria.

A continuación el artículo 9 titulado “Principio de Legalidad y de Retroactividad” contempla precisamente estos dos principios, en el sentido negativo para los gobiernos de los Estados miembro; prohibiciones en virtud de las que la autoridad no debe procesar o sancionar a individuo alguno por actos u omisiones que en el momento de cometerse no estuviesen contemplados por la ley, o de imponer una sanción diversa a la contemplada por la norma vigente al momento en que se cometió el acto.

Como podemos observar, el anterior es un mandamiento muy similar a lo que ordena nuestra Carta fundamental en su artículo 14, pues limita la facultad punitiva del Estado a favor del particular, y que tradicionalmente se ha interpretado en contrario sensu a favor del reo; sin embargo, es la parte final del mandato internacional el que textualmente ordena que “Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. Así, por medio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que la retroactividad de la ley a favor del reo deja de ser meramente interpretación doctrinal y judicial, para formar parte del derecho positivo.

Lamentablemente la disposición que ordena que la ley puede tener efectos retroactivos a favor del reo, se limita a la sanción y no al trato que debe recibir éste mientras se ventila el proceso penal en su contra; más si interpretamos la normatividad internacional de acuerdo al principio *pro persona* en función del cual todas las normas de derechos humanos se deberán interpretar de manera que favorezcan la mayor protección para la persona, de acuerdo a la parte final del párrafo segundo del artículo 1 Constitucional que reza “en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, y en armoniosa interpretación con el principio de presunción de inocencia, resulta viable extender el beneficio de retroactividad de la ley en materia de prisión preventiva como única excepción a la no retroactividad de las leyes adjetivas penales al estar en controversia la libertad del individuo.

Finalmente en relación con nuestro tema de investigación, los artículos 24 y 25 de la norma internacional en estudio, prevén el derecho a la impartición de justicia sin discriminación, de manera pronta, sencilla y efectiva. Ello si bien, parece que excede nuestro tema de estudio, y en atención al principio *pro persona*, que de acuerdo con el Maestro Fix-Zamudio tiene dos matices, pues de una parte la autoridad debe elegir de entre diversas normas, aquella que otorgue mayor protección a la persona y, al momento de interpretar la norma, deberá hacerlo de la manera que dé mayor protección al individuo;¹⁹⁶ así las autoridades jurisdiccionales que conozcan del asunto se verán en condiciones de hacer la elección entre las normas en materia de prisión preventiva oficiosa que más

¹⁹⁶ FIX-Zamudio, Héctor, y Valencia Carmona, Salvador, Op. cit., p.19.

favorezcan a la persona, y una vez elegida la norma, realizar la interpretación que más favorezca al reo, lo que en el caso es aplicar la retroactividad procesal de la ley para estudiar únicamente la prisión preventiva del procesado.

En este momento resulta trascendente hablar del derecho que tienen las personas que han sufrido menoscabo en su patrimonio o derechos a manos de actuaciones irregulares por parte de autoridades públicas. Esta figura la prevé el segundo párrafo del artículo 113 de nuestra Constitución Política, y está regulado en la Ley Federal de responsabilidad patrimonial del Estado, como ya lo hemos referido.

En el plano internacional esta figura está contemplada por el artículo 63.1 de la Convención que dispone que cuando la Corte decida que hubo violación de un derecho o libertad protegida en esta Convención, dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho a la libertad conculcados; asimismo dispondrá si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.¹⁹⁷

En este caso, surge un conflicto normativo, pues como lo hemos señalado, existen diversas normas que regulan los montos, condiciones y plazos y términos en que se debe llevar a cabo la indemnización; al respecto es criterio de la Corte Interamericana, acatando el principio pro persona, que deberá aplicarse la normatividad que más beneficios otorgue a la persona o grupo a quien ha de indemnizarse.

Es a partir de la sentencia dictada dentro del caso Velásquez Rodríguez el 21 de julio de 1989 que la Corte determina los alcances de la indemnización compensatoria, así, la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución *restitutio in integrum*, lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago

¹⁹⁷ SALVIOLI, Fabián Omar. Op. cit., P.157.

de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, incluyendo el daño moral.¹⁹⁸

2.7.5.4.3. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.¹⁹⁹

La norma internacional en estudio fue firmada por México en el año 2000, por el entonces presidente de la República Ernesto Zedillo, ratificado por el Congreso hasta el año 2005; retraso debido a las dificultades de adaptar la norma internacional al sistema penal y constitucional mexicano.

Es importante señalar que el principal objetivo del Estatuto de Roma, es el de que organismos internacionales estén en posibilidades jurídicas y materiales de investigar y sancionar crímenes que por su naturaleza de extrema violencia y dañosidad tanto a los individuos, como a la sociedad en general; y en base a la pretensión de universalizar el respeto a los derechos humanos, los autores de dichos crímenes no pueden quedar impunes. En base a lo anterior, el gobierno mexicano se obliga a colaborar con la Corte Penal Internacional para que ésta, dentro de sus facultades, persiga a los responsables de los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión; dentro de este catálogo se incluyen diversas conductas que encuadran en otros tipos penales.

En el caso de delitos de genocidio, se refiere a delitos como lo son: lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros de un grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo; los siguientes actos, cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de

¹⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos; *caso Velásquez Rodríguez, indemnización compensatoria*, sentencia 21 de julio de 1989, Serie C N 7, Ed. San José de Costa Rica, 1990, pág. 276, párrafo 149, visible en el sitio web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultado el 15 de mayo del 2016.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf

¹⁹⁹ Organización de las Naciones Unidas, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, visible en el sitio web oficial de la Corte Internacional de Justicia, consultado el día 23 de febrero del año 2014. <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>

dicho ataque, asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población. Por su parte los delitos de lesa humanidad, se refiere a tales como la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura; violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad; desaparición forzada de personas.

En cuanto de los crímenes de guerra, estos se refieren cuando en particular se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes, dentro de los que se encuentran infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, como lo son: el homicidio intencional; tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud; destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente; forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga; privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente; deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal; toma de rehenes; dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades.

Como podemos apreciar, los ilícitos sobre los que la Corte Penal tiene facultad para investigar y sancionar, son más amplios de lo que parece en un principio, y más importante aún en el caso de México, es que muchos de estos delitos se han multiplicado en los últimos diez años, situación que en principio revela las deficiencias de nuestro sistema de seguridad pública, pues no se logra evitar la comisión de ilícitos de tal magnitud y mucho menos se logra llevar a cabo investigaciones y procedimientos punitivos que aseguren a la sociedad la aplicación de las normas penales protectoras de bienes jurídicos valiosos, pues es sabido que en algunos casos han sido algunos miembros de los gobiernos de los estados y de la federación e incluso de las fuerzas armadas, quienes se han visto involucrados en la comisión de algunas de estas figuras típicas, por lo que de acuerdo al espíritu del Estatuto de Roma, dichos individuos deberían ser investigados, juzgados y en su caso sancionados

por la Corte Penal Internacional; no obstante, el constituyente permanente mexicano mediante reforma constitucional al artículo 21 crea una reserva para la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, entendiendo como reserva a “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”,²⁰⁰ ello en virtud de que el diverso constitucional referido faculta al ejecutivo para con la aprobación del Senado, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Así, el gobierno mexicano en contra de lo establecido por el artículo 120 del Estatuto de Roma estableció un filtro a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, pues queda a cargo de iniciativa del Presidente de la República, con la aprobación de la Cámara de Senadores darle facultades a la Corte Penal Internacional para investigar, procesar y en su caso sancionar a quienes hubiesen cometido alguna de las conductas establecidas en dicha norma internacional.²⁰¹

Retomando nuestro tema de estudio, el artículo 24 de la normatividad internacional en estudio comprende el principio irretroactividad de la ley en perjuicio de la persona; en su punto número 2 señala que “De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.” Lo anterior es de gran importancia para nosotros, pues en este punto la norma reglamentaria de la Corte Penal Internacional contempla la retroactividad de la ley a favor del reo no solamente en materia sustantiva, sino también en cuanto a normas procedimentales que por acción legislativa

²⁰⁰ [Comisión de Derecho internacional](https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf) de la Organización [Naciones Unidas](#), *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, artículo 2 inciso d), visible en el sitio web oficial de la Organización de Estados Americanos, consultado el 4 de agosto del año 2014. https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf

²⁰¹ BECERRA Ramírez, Manuel, “*Anuario Mexicano de derecho internacional*”, volumen VI, México 2006, visible en el sitio web de la asociación civil CPIMéxico, consultado el 6 de agosto del 2015.

<http://www.cpimexico.org.mx/portal/wp-content/uploads/2013/11/SPE-ISS-10-10.pdf>

sean reformadas, derogadas o bien se promulgue un nuevo ordenamiento procesal respecto de la materia y competencia.

Por su parte el artículo 55 intitulado “Derechos de las personas durante la investigación”, en el inciso d) del punto número 1 ordena que con motivo de las investigaciones iniciadas sobre los individuos por su presunta participación en alguno de los delitos que en ella se sancionan, “Nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios ni será privado de su libertad salvo por los motivos previstos en el presente Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él”. Así al vincular este mandato con lo ordenado por el diverso 24, se consideraría una privación irregular de la libertad en los casos en que habiendo sufrido la norma alguna reforma, que contemple beneficios a favor de la persona sujeta a proceso penal, y el tribunal no observe lo ordenado por la nueva norma, sobre todo tratándose de cuestiones relacionadas con la libertad de la persona que en todo momento deberá ser considerada inocente.

En el inciso b) del punto 1 del artículo 58 del Estatuto de Roma se contemplan los requisitos que el fiscal debe justificar para que el Tribunal determine que el probable responsable debe ser privado de su libertad; en el caso, los supuestos son casi los mismos que contempla el artículo 19 de nuestra carta fundamental y son: “asegurar que la persona comparezca en juicio; asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte; o en su caso, impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias”. Como podemos observar el Tribunal internacional excluye como causa para la detención, el hecho de que el probable responsable haya sido condenado anteriormente por la comisión del algún delito doloso, condicionante, que nuestra normatividad contempla a nivel constitucional y que resulta una medida de necesidad de cautela excesivamente gravosa para los sujetos a proceso que incurran en esta circunstancia.

Lo anterior, tiene una estrecha relación con lo ordenado por el diverso 60 del cuerpo normativo en estudio que ordena que dentro de las primeras diligencias, el momento en que la Sala de Cuestiones Preliminares (en su carácter de primera autoridad judicial que

conoce del asunto, con facultades similares a las que en nuestro sistema desempeña el juez de control), debe decretar la prisión provisional de la persona sujeta a proceso, siempre y cuando el fiscal acusador acredite que si el imputado es dejado en libertad, podría incurrir en alguno de los supuestos antes mencionados, lo que no es obstáculo para que la medida cautelar pueda ser revisada por la Sala de Cuestiones Preliminares, pues en virtud de las circunstancias la medida puede ser modificada; tal es el caso cuando por demora “inexcusable” del fiscal dentro del proceso se retenga a la persona en prisión por un término excesivo, en cuyo caso el Tribunal, sin que obre solicitud del imputado, revisará el caso concreto para resolver sobre la libertad del individuo.

Por ello y en función del derecho a ser juzgado, sin dilaciones indebidas y en respeto al principio de presunción de inocencia, establecidos en los artículos 66 y 67 del instrumento en estudio, podemos aseverar que la Corte Penal Internacional trabaja de acuerdo a una normatividad mucho más liberal en el sentido de respeto a los derechos de los procesados, pues en todo momento se les investiga, juzga y sanciona por medio de la norma menos invasiva a su esfera jurídica y personal.

2.7.5.4.4. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos.²⁰²

Este ordenamiento tuvo su nacimiento con motivo del primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en 1955 y en el que participaron representantes de 51 gobiernos y 43 organizaciones no gubernamentales, adoptado por México el 9 de diciembre de 1988²⁰³. La primera parte de este instrumento nos otorga las generalidades del mismo, en primer término reconoce que objeto del mismo, no es de describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo,

²⁰² Alto Comisionado para los Derechos Humanos, dependiente de la Organización de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*, consultado el 27 de abril del 2015.

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx>

²⁰³ GARCÍA Gaspar, Donna Marlen, “*Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos*”, Derecho Penitenciario UNAM, sitio web de la facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México concerniente a estudios de derecho penitenciario, consultado el 4 de abril del 2015. <http://dpenitenciario-unam.blogspot.mx/2009/10/reglas-minimas-de-las-naciones-unidas.html>

sino conceptos universalmente admitidos en el tiempo y espacio (países miembros de la ONU) de los sistemas contemporáneos más adecuados; del mismo modo reconoce la gran variedad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas existentes en los países parte, por las que no se pueden aplicar todas las reglas incluidas en el instrumento en todas partes y en todo tiempo.

Nuestro tema de investigación en este instrumento internacional se encuentra en el inciso C denominado “Personas detenidas o en prisión preventiva”, que en los artículos 84 a 91 contemplan los principios rectores del trato que se le debe otorgar a los sujetos a proceso penal privados de su libertad. En primer término, define a quien para efecto de esta investigación denominamos reo, el instrumento internacional lo llama “acusado”, definiéndolo como “toda persona arrestada o encarcelada por imputársele una infracción a la ley penal, detenida en un local de policía o en prisión, pero que todavía no ha sido juzgada”.

En este pacto internación se reconocen diversos derechos de los acusados, como lo es la presunción de inocencia, cuya trascendencia para el individuo es que el trato que debe recibir dentro del recinto penitenciario, y se debe materializar en el respeto a los derechos de dormir en celdas individuales; a alimentarse por su propia cuenta, y en caso contrario, la obligación de la administración para suministrarlos; usar sus propias prendas personales siempre que estén aseadas y sean decorosas y, en el caso de usar el uniforme, éste deberá ser distinto al de los condenados; un trabajo remunerado; procurarse por medios propios o de terceros medios de ocupación; ser visitado y atendido por su propio médico o su dentista y comunicarse con familiares y recibir visitas; ser asistido por abogado defensor, quien podrá visitarlo dentro del recinto penitenciario y a comunicarse en privado con él.

Disposiciones que el sistema penitenciario mexicano, está lejos de cumplir dadas las circunstancias analizadas en el capítulo anterior y que desafortunadamente incrementan el fenómeno de contaminación criminógena dentro de los centros de reinserción social.

2.7.5.4.5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²⁰⁴

Instrumento internacional adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 25 de marzo de 1976,²⁰⁵ al mismo tiempo que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estos junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, comprenden lo que algunos han llamado Carta Internacional de Derechos Humanos, acuerdos vinculantes aprobados por la Asamblea General en 1966, que conforman la Declaración Universal, ya que plasman en obligaciones jurídicas los derechos que figuran en ella y establecen órganos para vigilar el cumplimiento por los Estados partes.

En cuanto a nuestro tema de estudio, el artículo 9 nos habla del derecho fundamental a la libertad individual frente a actuaciones del Estado, así como los casos de excepción y los derechos mínimos que debe observar la autoridad como lo son el derecho a ser informado el motivo de la detención, a que su situación jurídica sea resuelta por un tribunal imparcial, quién resolverá el fondo en un término razonable. En el punto número 3 establece “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

Así, en principio se ordena que la privación provisional de la libertad del acusado no debe ser la regla, por lo que en respeto al derecho de libertad de los acusados debe existir un catálogo de medidas diversas con las cuales se garantice los objetivos del proceso penal, situación que en México dentro de los códigos anteriores a la entrada en vigencia del sistema acusatorio penal a excepción de Oaxaca y Nuevo León no cumplían, pues solo se

²⁰⁴ Alto Comisionado para los Derechos Humanos, dependiente de la Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, visible en el sitio web de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, dependiente de la Organización de las Naciones Unidas, consultado el 27 de abril del 2015.

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

²⁰⁵ PETERS, Edward, *La tortura*. Madrid: Alianza Editorial, visible en el sitio web consultado el 5 de abril del 2015, Madrid 1987, Alianza Editorial, p.198., visible en el sitio web consultado el 12 de enero del 2015. <http://www.iberlibro.com/tortura-Peters-Edward-Alianza/14502327405/bd>

contemplaba la figura de prisión preventiva y libertad bajo caución, lo que tuvo como consecuencia que actualmente más de la mitad de los internos en las cárceles del país, estén en prisión preventiva.

El Pacto Internacional encuentra la justificación de la aplicación de la prisión preventiva únicamente en su naturaleza procesal, pues las condicionantes que menciona para su imposición no trascienden más allá del proceso penal mismo en apego al derecho de presunción de inocencia del inculpado; al comparar esta disposición con nuestra Constitución, podemos observar que nuestra norma excede los límites del poder punitivo establecidos en el pacto internacional, aumentando dos supuestos para la imposición de la prisión preventiva oficiosa, pues se incluye la necesidad de cautela y la protección de la sociedad en general, lo que vulnera el derecho del imputado a permanecer en libertad mientras dura el proceso penal seguido en su contra.

Los dos últimos puntos del artículo en cita nos hablan del derecho del acusado privado de su libertad, para acudir ante un tribunal para que éste resuelva su situación, es decir, el derecho a impugnar la decisión de prisión provisional, previsto por los artículos 160 a 163 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Finalmente nos habla del derecho a la reparación a que tienen los individuos cuando hubiesen sido privados ilegalmente de su libertad, lo que en nuestra normatividad contempla la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Por último el artículo 10 nos ordena que toda persona privada de libertad sea tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Se contempla el principio de separación entre condenados y procesados “salvo circunstancias excepcionales”, sometidos a un trato adecuado a su condición de personas no condenadas; estos casos excepcionales se refieren a la capacidad del sistema penitenciario del Estado en su infraestructura, lo que no implica que en los casos en que para el Estado no sea posible cumplir con dicho mandato, los internos sean tratados como culpables de la comisión del delito que se les atribuye dentro del proceso penal, o de alguna manera denigrante y que vulnere su derecho a la presunción de inocencia.

2.7.5.5. Criterios jurisprudenciales respecto a la prisión preventiva emitidos por el Poder Judicial de la Federación.

En nuestro país existe un fenómeno curioso en cuanto a las tesis jurisprudenciales y aisladas emitidas por las autoridades jurisdiccionales competentes, pues si bien estas han evolucionado haciéndose más precisas en la interpretación de leyes que a su vez son cada más específicas y confusas; con el paso del tiempo han ido restringiendo o limitando derechos en su acción interpretativa. A continuación comenzaremos a citar la primera tesis que data de la Quinta Época,²⁰⁶ y que si bien tiene más de noventa años de haber sido emitida, también establece un criterio humanista, al menos en cuanto a la procedencia del juicio de amparo contra la prisión procesal, pues eleva al grado de pena privar al hombre de su libertad de manera preventiva, mientras se dirime un proceso penal en su contra, pues para la persona la dañosidad que sufre es tan grave como estar privado de su libertad en virtud de sentencia definitiva, es decir, para el individuo estar privado de su libertad, bajo cualquiera de los dos regímenes, es igualmente invasivo tratándose de ésta como acto reclamado dentro del “recurso” de amparo como instancia protectora de los derechos fundamentales de los pobladores.

La anterior tesis hoy podría suponerse como progresista en cuanto a la interpretación de la ley, conforme a los más garantistas instrumentos internacionales convenidos por México; progresista en especial y si se compara con los criterios en materia de prisión preventiva, emitidos por la Suprema Corte tanto en Pleno como en Salas, los Plenos de Circuito y los Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial de la Federación, que décadas posteriores, de manera sutil demeritan lo establecido por la anterior tesis, pues se ignora el sufrimiento de los internos sujetos a prisión preventiva y con ello la visión humanitaria y democrática del Derecho Penal. Tal es el caso de algunos de los criterios emitidos recientemente que dictan tesis que cubiertas en un velo de legalidad y promoción de los derechos humanos, que materialmente terminan por restringir los derechos de los individuos.

²⁰⁶ PRISIÓN PREVENTIVA. Época: Quinta Época Registro: 289769 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo VII Materia(s): Penal Tesis: Página: 901.

La Primera Sala²⁰⁷ determina que la prisión preventiva por estar contemplada por la constitución antes de su reforma de junio del 2008 no vulnera el principio de presunción de inocencia. Si bien en principio coincidimos con el criterio emitido, pues ésta figura al estar prevista por la norma máxima y las legislaciones secundarias, su imposición se apega al principio de legalidad que debe regir toda determinación judicial, dando cumplimiento a lo ordenado por el tratado internacional que la propia tesis refiere; sin embargo, no valora la dañosidad que la prisión preventiva le genera al procesado, quien ve restringidos todos sus derechos (salvo el derecho a la vida), por ser recluso en el centro penitenciario, afectación de facto análoga a la que se sufre al purgar una pena de prisión. Otro punto cuestionable es el abandono por parte de la Sala al principio de excepcionalidad que debe regir a la prisión preventiva y de acuerdo con el que dicha medida será impuesta, excepcionalmente cuando sea la única manera de asegurar la comparecencia del procesado, la protección de la víctima y la sociedad y el debido desarrollo del proceso.

La tesis que invocamos a continuación²⁰⁸ es una de las claras muestras de la oleada de interpretaciones jurisdiccionales, que propugnan un apego al respeto de los derechos fundamentales, que si bien resulta un modo general de la interpretación de las leyes punitivas bajo un criterio garantista que conmina a las autoridades para actuar conforme al principio de mínima intervención, por otro lado carece de fortaleza en cuanto a determinar un punto específico de la prisión como pena y como medida cautelar, por lo que su aplicación suele ser desatendida por considerarse imprecisa.

Uno de los argumentos de este proyecto, es el de que la prisión preventiva no solo ha sido utilizada prácticamente como la única medida cautelar dentro de los procesos penales en nuestro país, sino que el trato que reciben los internos bajo esta figura son

²⁰⁷ PRISIÓN PREVENTIVA. NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Época: Décima Época Registro: 2001432 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1 Materia(s): Constitucional Tesis: 1a. CXXXV/2012 (10a.) Página: 493.

²⁰⁸ DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y DERECHO A LA PRIVACIDAD. SU LIMITACIÓN ES EXCEPCIONALÍSIMA Y CORRESPONDE A LA AUTORIDAD JUSTIFICAR SU AFECTACIÓN. Época: Décima Época Registro: 2008637 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 16, Marzo de 2015, Tomo II Materia(s): Constitucional Tesis: 1a. CII/2015 (10a.) Página: 1095.

vulnerados en sus derechos fundamentales sistemáticamente dentro de la prisión, lo que es más grave especialmente en cuanto a la duración de su reclusión, pues a pesar de que el artículo 20 fracción VIII de la Constitución antes de la reforma penal del 2008 contemplaba un término de cuatro meses, cuando se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, materialmente éste término era y es prácticamente imposible de cumplir por las deficiencias de nuestro sistema penal; lo que provocó que los procesados privados de su libertad por haber cometido un delito, contemplado como grave por legislaciones secundarias, se mantengan reclusos por términos excesivos. Por lo que la Primera Sala de la SCJN se pronunció al respecto dentro de la tesis aislada de título “Prisión preventiva. Debe durar un plazo razonable”.²⁰⁹

Desafortunadamente la Primera Sala, aborda a la prisión preventiva de una manera tibia, limitándose a hacer una síntesis de lo que al respecto ordena el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, solo para concluir de un modo genérico y falto de método que la prisión preventiva “debe durar un plazo razonable”. Evidentemente lo expresado por la Sala no se pronuncia en sentido alguno respecto a lo ordenado por el convenio internacional, dejando precisamente abierta la interrogante respecto a lo que se refiere el término -plazo razonable-, ni un criterios para determinarlo. En este caso la obscuridad en la interpretación jurisdiccional en su futilidad, vulnera los derechos de los procesados a ser juzgados por la norma que más le beneficie interpretada en el mismo sentido, pues los procesados sujetos a prisión preventiva, permanecen en dicha situación sin tener un parámetro para solicitar al juez de la causa, se decrete su libertad por dilación procesal y en todo caso se les decrete una medida cautelar distinta. Por esa razón la propia Sala procedió a dictar una tesis aislada²¹⁰ que en un número de once criterios establece los puntos de referencia para determinar cuál es el plazo razonable que debe durar la prisión preventiva.

²⁰⁹ PRISIÓN PREVENTIVA. DEBE DURAR UN PLAZO RAZONABLE. Época: Décima Época Registro: 2001429 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1 Materia(s): Constitucional Tesis: 1a. CXXXVI/2012 (10a.) Página: 491.

²¹⁰ PRISIÓN PREVENTIVA. FORMA DE PONDERAR EL PLAZO RAZONABLE DE SU DURACIÓN. Época: Décima Época Registro: 2001430 Instancia: Primera Sala Tipo de

La tesis aislada en estudio, que de primera instancia tiene su justificación en enmendar la omisión de la tesis anteriormente analizada, podría ser muestra de la pretensión del Poder Judicial Federal, para promover los derechos humanos y el principio pro homine en nuestro sistema jurídico; sin embargo, dentro del listado de criterios que el Juez debe analizar para decretar que el procesado ha sido privado de su libertad un plazo mayor al razonable, existe una postura claramente represiva y que deja a los ciudadanos en estado de indefensión.

El punto número 2 de la tesis, afirma que debe contemplarse el peligro de fuga del procesado, para lo que hay que atender a la gravedad del delito y de la sanción, agregando que cuando se acredite este elemento es innecesario analizar cualquier otro elemento, pues la medida privativa de libertad debe mantenerse; lo que es prácticamente un límite ciego, pues en los casos en que la legislación secundaria considere grave al delito por el que se le juzgue al procesado, el Juez atendiendo a la calificativa de delito grave y a la sanción, ordenará se mantenga la medida cautelar de prisión preventiva; así se le impide al procesado acceder a los beneficios contemplados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9o, numerales 1, 3 y 4, así como por la Constitución Federal después de la reforma penal de junio del 2008.

El punto número 5 de la tesis en comento, refiere que el juzgador debe tomar en cuenta la apreciación del público o de la sociedad en general respecto de la puesta en libertad del procesado; ello resulta contradictorio de los principios de legalidad y seguridad jurídica, pues ello resulta una medida populista, que da la espalda a la norma jurídica y a la interpretación de la ley, para obedecer a intereses mediáticos y políticos, olvidando los derechos que le asisten al imputado. A modo de síntesis, podemos afirmar que la tesis en estudio establece una excesiva cantidad de criterios a estudiar y por los cuales se les podrá negar o conceder a los procesados su libertad, mientras concluye el proceso que se sigue en su contra; criterios que sobrepasan lo establecido por nuestra carta fundamental y diversos tratados internacionales signados por nuestro país.

Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1 Materia(s): Penal, Constitucional Tesis: 1a. CXXXVII/2012 (10a.) Página: 492.

En cuanto al derecho de acudir a los tribunales federales para solicitar el amparo y protección de la justicia en contra de la dilación procesal dentro de la causa penal en la que el quejoso esté sujeto a prisión preventiva, de forma interesante la Primera Sala de la Suprema Corte determina en tesis aislada de título "Sentencia concesoria de amparo. Sus efectos cuando se reclama el cese de la prisión preventiva por haber transcurrido "un plazo razonable" en su duración."²¹¹ Debemos entender que la concesión del amparo a que se refiere la tesis en cita, procede respecto de los procesos penales que se siguen de acuerdo a los lineamientos del sistema acusatorio de justicia penal.

De ahí, podríamos concluir que es a partir de la reforma constitucional del 2008 que el Estado se preocupa por el derecho a la libertad de sus procesados, dejando tristemente en el abandono a aquellos sujetos a proceso iniciado antes de la entrada en vigor del sistema acusatorio, lo que resulta violatorio de diversos derechos fundamentales como el de acceder a una administración de justicia, derecho a la igualdad y, finalmente al principio pro persona, pues por instrucción del Poder Judicial Federal se impide a los procesados acceder a la norma jurídica que más les pudiere beneficiar.

En cuanto a lo ordenado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, analizada *supra*, respecto a un término excesivo de la prisión preventiva, el Primer Tribunal Colegiado en materia Penal del Segundo Circuito en tesis aislada con el número de registro II.1o.P.2 P,²¹² resuelve que a pesar de lo ordenado por los artículos 9 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos

²¹¹ SENTENCIA CONCESORIA DE AMPARO. SUS EFECTOS CUANDO SE RECLAMA EL CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR HABER TRANSCURRIDO "UN PLAZO RAZONABLE" EN SU DURACIÓN. Época: Décima Época Registro: 2001493 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1 Materia(s): Común Tesis: 1a. CXXXVIII/2012 (10a.) Página: 499.

²¹² PRISIÓN PREVENTIVA PROLONGADA. CASOS EN LOS QUE CONFORME A UN ADECUADO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO NO ES PROCEDENTE DECRETAR LA LIBERTAD CONTEMPLADA EN LOS ARTÍCULOS 9 NUMERAL 3 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y 7 NUMERAL 5 Y 8 NUMERAL 1 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Época: Décima Época Registro: 2001433 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, Materia(s): Penal, Constitucional Tesis: II.1o.P.2 P (10a.) Página: 1932.

Civiles y Políticos, 7 numeral 5 y 8 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a los que hemos hecho referencia con anterioridad, la autoridad emisora agrega tres puntos o criterios que el Juez debe analizar para poder decretar la libertad del procesado por transcurso excesivo del término constitucional para la prisión preventiva; que se reducen a la complejidad del asunto, a la actividad procesal que haya tenido el imputado y a la –conducta- de las autoridades judiciales.

Así, el Tribunal Colegiado asume funciones legislativas pues incrementa requisitos que el procesado debe –cumplir- para poder gozar de su libertad; requisitos que de cierta manera puede limitar su derecho a la defensa al afirmar que se debe estudiar si el proceso ha excedido el término constitucional, por haber hecho uso excesivo del derecho a defensa, lo que resulta totalmente violatorio del derecho a una administración de justicia pronta y expedita. Del mismo modo la tesis exige que el Juez debe analizar el comportamiento de la autoridad, es decir, la diligencia que esta ha tenido para concluir cada una de las fases del proceso y en todo caso por qué no se ha dictado sentencia dentro del término constitucional.

A continuación estudiaremos un criterio emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia con número P. XIX/98,²¹³ que se ocupa de estudiar el por qué la prisión preventiva oficiosa no vulnera el derecho a audiencia; pongamos especial atención en su parte final. La tesis en estudio en su parte final, afirma que la única diferencia entre la prisión preventiva y aquella que es producto de una sentencia penal es precisamente el momento en que se dicta, es decir, la diferencia entre ambas figuras consiste en que una es impuesta antes y otra después de que se dicta sentencia dentro del proceso penal, llegando a la conclusión de que a excepción de esta circunstancia, ambas son idénticas. Desafortunadamente el criterio de la Corte se limita a establecer el por qué la prisión preventiva no es contradictoria del derecho de audiencia, sin ahondar en las similitudes entre la pena de prisión y la prisión preventiva.

²¹³ PRISIÓN PREVENTIVA. SU NO CONTRADICCIÓN CON LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DERIVA DE LOS FINES QUE PERSIGUE Y NO DE SU CARÁCTER CAUTELAR. Época: Novena Época Registro: 196724 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo VII, Marzo de 1998 Materia(s): Penal, Constitucional Tesis: P. XIX/98 Página: 94.

2.8. Política criminal penal y penitenciarismo en México.

La implementación de las estrategias necesarias para el combate a la delincuencia corresponde a los poderes públicos, quienes mediante los datos obtenidos deben delinear las políticas criminales a desarrollarse en determinada área territorial y temporal para lograr que los mecanismos de control social delictivos sean más efectivos. En México la prisión ha evolucionado en sus fundamentos al haberse adoptado las teorías más actuales que se han plasmado en el marco normativo, sin embargo, en la práctica sigue presentando severos problemas que ha llevado a los expertos a hablar de –la crisis de la prisión–, en razón precisamente de ser la pena de prisión la más utilizada en México y de no estar cumpliendo sus fines”²¹⁴.

Por su parte, el poder público a través del poder legislativo en el ámbito de su competencia, ha incrementado la punibilidad de ciertas conductas dado el incontrolable incremento del fenómeno delictivo; del mismo modo en las últimas dos décadas han surgido marcos normativos especializados como los ilícitos, de secuestro, trata de personas, delincuencia organizada y demás, la sensación de inseguridad es una constante en los miembros de la sociedad. En esa tesitura podemos observar que a pesar de que el Derecho Penal es el último recurso que debe usar la autoridad para hacer posible la convivencia social, en nuestro país la vida social se ha ido criminalizando.²¹⁵

Lo anterior tiene como primera consecuencia el incremento de demanda de funciones de órganos administrativos y judiciales del Estado para perseguir, enjuiciar y sancionar a los responsables de algún delito; ello evidentemente implica un mayor desgaste en las instituciones existentes que en la gran mayoría de los casos no pueden darse abasto con la carga de trabajo, retardando así los cientos o miles de averiguaciones previas, constancias de hechos y procesos penales. Aunado a la tardanza para resolver por parte de

²¹⁴ MENDOZA Bremauntz, Emma, Op. cit., p.38.

²¹⁵ ZEPEDA Leucona, Guillermo, “*Situación y desafíos del sistema penitenciario mexicano*”, documento realizado para México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas A.C., visible en el sitio web de la Asociación civil México Evalúa, consultado el 23 de noviembre del 2015.

<http://www.mexicoevalua.org/wp-content/uploads/2013/08/El-Sistema-Penitenciario-Mexicano-GZEPEDAL-2013.pdf>

los órganos de administración de justicia, nos encontramos al severo problema del sistema penitenciario, que dista de dar cumplimiento a los estándares mínimos en cuanto a respeto a derechos fundamentales de los internos procesados y sentenciados. En este punto abordaremos el tema de la política criminal y estudiaremos como las decisiones del poder público impactan a la prisión preventiva y si existen alternativas que mejoren el sistema penitenciario.

2.8.1. ¿Qué es la Política Criminal y como se relaciona con el Derecho Penal y la Criminología?

En principio debemos entender que la relación que guardan la Criminología, la Política Criminal y el Derecho Penal se fundamenta en el estudio del delito; sin embargo, cada una de estas disciplinas tiene una definición y enfoque distinto de éste fenómeno. Lo anterior tiene su explicación en el propio método de cada una de estas ciencias, pues el Derecho Penal parte de una concepción teórica-sistemática (abstracta) del delito, y su objeto es dado por la propia norma (objeto normativo); en cambio la Criminología concibe al delito como un fenómeno fáctico y lo estudia por medios empíricos; por su parte, la política criminal es la planificación del Estado para el control de la criminalidad. En palabras del maestro Pablos de Molina, hay que entender a la política criminal “en cuanto a disciplina que suministra a los poderes públicos las opciones científicas concretas más adecuadas para el eficaz control del crimen”.²¹⁶

Ello quiere decir que es la Política Criminal la encargada de interpretar los datos aportados por la Criminología y transformarlos en estrategias viables para que a su vez los poderes públicos los apliquen a través de normatividad penal y el aparato punitivo, para lo que el legislador en uso de sus facultades crea, elimina o transforma tipos penales, y haciendo uso de los datos recolectados elige las conductas que por su mayor grado de dañosidad deben ser sancionadas con el medio más coactivo que cuenta el Estado, que en este caso es el aparato penal; en síntesis podemos resumir que en cuanto al fenómeno

²¹⁶ PABLOS de Molina, Antonio García, Op. cit., P.19.

delictivo, la Criminología trabaja en el modelo explicativo, la Política Criminal en el modelo decisional y, el Derecho Penal en el modelo instrumental u operativo.

A pesar de anterior, la información criminológica no debe ser tomada como absoluta fuente de información para sancionar conductas penalmente, pues ella responde a intereses útiles o pragmáticos del Estado, es decir, por sí misma la Criminología no ofrece todos los elementos necesarios para el desarrollo de una correcta Política Criminal, pues es necesaria la implementación de principios dogmáticos del Derecho Penal que responda a intereses proteccionistas de los sujetos involucrados ya sea la víctima, el ofendido y sobre todo el imputado; al ser inviable incrementar excesivamente la sanción de ciertos delitos menores por útil que ello sea para la sociedad.

Toda vez que en un Estado de Derecho debe primar el apego a una ley penal, que respete los principios dogmáticos como el de última ratio, proporcionalidad de la pena, taxatividad de la ley, legalidad y demás. En ese sentido no es viable simplificar la función del Derecho Penal a una herramienta operativa de la Política Criminal para combate ilimitado del fenómeno delictivo, pues dentro de la ciencia normativa, abstracta-deductiva que es el Derecho Penal se encuentran consagradas diversas garantías que tienen todos aquellos que se encuentren sujetos a investigación o procesamiento criminal (igualdad, seguridad jurídica, legalidad, etc.); estas garantías funcionan como limitante al poder punitivo indiscriminado por parte del Estado pues la eficacia del sistema sancionador no es el único estándar que debe tener ésta función, sino que de igual importancia es el respeto a los derechos fundamentales de la sociedad, como el gran jurista Frank Von Liszt lo sintetiza en la máxima “el Derecho Penal es la barrera infranqueable de toda Política Criminal”.

Como bien lo afirma en maestro Pablos de Molina, “la Criminología, la Política Criminal y el Derecho Penal son tres pilares de las ciencias criminales, inseparables e interdependientes. La Criminología esta llamada a aportar el sustrato empírico del mismo... la Política Criminal a transformar la experiencia criminológica en opciones y estrategias concretas asumibles por el legislador y los Poderes Públicos. El Derecho Penal a convertir en proposiciones científicas, generales y obligatorias, el saber criminológico esgrimido por

la Política Criminal con estricto respeto de las garantías individuales y principios jurídicos de seguridad e igualdad propios de un Estado de Derecho”²¹⁷; esta es una síntesis de cómo estas ciencias penales deben interactuar entre sí para lograr una mejor convivencia social.

El profesor Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno determina que para conceptualizar a la política criminal es necesario partir de un punto anterior al Derecho Penal, es decir, la política criminal existe desde el enfoque de distintas áreas del conocimiento y no solo desde el de la ciencia de la normatividad punitiva; para él, el control y reducción del fenómeno criminal debe controlarse por medio de medidas de prevención que comienzan a operar antes que el derecho penal; estas medidas están clasificadas en cuanto a necesidad para mantener el orden social; las medidas de prevención primaria tienen como objeto evitar circunstancias sociales, que fomenten la delincuencia como el poder adquisitivo, índices de desempleo, costo de canasta básica, educación, seguridad social, vivienda, etcétera.

Las medidas de prevención secundaria se enfocan en obstruir, entorpecer o evitar el acto ilícito como actividad humana, dentro de lo que se encuentra la normatividad punitiva, la actividad policial y la capacidad en sí del Estado para dicha labor. Por último, las medidas de prevención terciaria y de más alta incidencia sobre el individuo, tienen como objetivo la actuación sobre quién ya ha sido declarado culpable de la comisión del algún ilícito a fin de evitar la reincidencia de la conducta criminal; esta categoría se asimila con la prevención especial entendida en sentido lato y está conformada sobre todo por los sistemas judicial y penitenciario.²¹⁸

Así, el Derecho Penal, la Criminología y demás ciencias penales se encuentran en su mayoría previstos dentro de las medidas de prevención secundarias que representan al aparato punitivo. Es dentro de este nivel donde se desenvuelven los datos y aportaciones de instancias gubernamentales, de la asociación civil, academias, organismos no

²¹⁷ *Ibidem.*, P.89.

²¹⁸ ÍÑIGO Ortiz de Urbina, Gimeno, “*La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (¿Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?)*”, visible en el sitio web del Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, Ex-Magistrado de la Corte Suprema del Ecuador, consultado el 20 de octubre del 2015.

http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/referencia_politico-criminal.doc

gubernamentales, órganos internacionales, y que en su conjunto sirven para mantener operativo el ius punendi, la legitimación del poder público y el fin de orden social. No obstante y como lo prescribe el principio de subsidiariedad del Derecho Penal que ordena que si bien esta materia tiene como función la protección de bienes jurídicos, ello será únicamente como última instancia, “únicamente cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del Derecho... el Derecho Penal utiliza sus propios criterios para decidir que parte de esos supuestos eleva a la categoría de delito”.²¹⁹

Partiendo del hecho de que son distintas áreas del conocimiento y de la actividad humana como la económica, pública, la política, el orden social, actividades mercantiles, y demás, en las que en su conjunto prevén las medidas primarias de prevención delictiva a las que nos hemos referido. Sin embargo, no debemos apartarnos del hecho de que todas estas actividades están reguladas por una norma jurídica especializada en cada una de las áreas sociales; normas que en cada una de sus funciones son aplicables en su respectiva materia, con anterioridad a que el Derecho penal entre en función, pues “prácticamente todas las ramas jurídicas poseen sus propias sanciones que se aplican en caso de incumplimiento de sus normas”,²²⁰ y es el Derecho Penal donde se contemplan conductas irregulares que pueden presentarse en la vida diaria del ejercicio de cualquier actividad humana, conductas que por poner en peligro o afectar bienes jurídicos valiosos a tal grado, que es necesario imponer una sanción para el responsable y velar porque las personas afectadas sean restituidas en sus bienes jurídicos o al menos compensadas; sin embargo, la finalidad de las sanciones impuestas por las ramas jurídicas en general y el derecho penal no son las mismas.

En ese sentido creemos que para conocer la política criminal en nuestro país es necesario partir de diversas condiciones sociales reguladas por normas jurídicas especializadas; sin embargo como dicha empresa supera las barreras de esta obra,

²¹⁹ MUÑOZ Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal parte general*, 6ª edición, Valencia 2004, Tirant lo Blanch, Pp.74 y 75.

²²⁰ *Ibidem*, P.73.

partiremos de aportaciones generales realizadas por entidades gubernamentales y particulares.

2.8.2. Política criminal y Penología.

Partiremos del hecho de que algunos autores que refieren que el Derecho Penitenciario y la Penología son dos ciencias penales distintas, sin embargo, su objeto de estudio es el mismo, es decir, la pena, solo que mientras que el Derecho Penitenciario estudia a la pena desde la dogmática jurídica, la Penología lo hace a través del método causal explicativo, haciendo uso de otras ramas penales como la antropología, la sociología y la psicología criminal; pues partimos del hecho de que el delito es un fenómeno endógeno y exógeno del individuo, por lo que se deben contemplar todos los factores que llevan a la persona a trasgredir la norma y vulnerar bienes jurídicos y materialmente causar daño a terceros.

Por su parte Rodríguez Manzanera define a la Penología como "el estudio de la reacción social contra las personas o conductas captadas por la colectividad (o por una parte de ellas) como dañinas, peligrosas, sociales"²²¹; en ese sentido el maestro parte del individuo que ya ha sido procesado y sancionado por un sistema judicial; la compurgación de la pena impuesta como reacción social es el tema central de la penología, no obstante no debemos olvidar que durante el proceso penal se dan a conocer aspectos importantes del individuo como estudios de personalidad, antecedentes penales, el delito por el que se condena y datos generales de su personalidad, datos todos que son trascendentales para adecuar un tratamiento correctivo durante la compurgación de la sanción.

De otra parte, la política criminal aplicada en el campo de la pena tiene como objeto lograr un adecuado equilibrio entre la retribución al infractor y su correcta readaptación social, de esa manera entendemos que la pena tiene un papel de extrema importancia para la sociedad; sin embargo, debemos preguntarnos si ¿en verdad su aplicación es la respuesta a la situación de la delincuencia?, o en cambio debemos enfocarnos en el conjunto de sistemas preventivos no punitivos cuya finalidad es lograr una verdadera prevención de futuros delitos. A partir de los ideales humanistas del siglo XVIII, han surgido múltiples

²²¹ MANZANERA, Rodríguez. Op. cit., P.37.

preguntas en torno a la prisión como ¿qué hacer con los internos?, ¿dónde recluirlos?, ¿cuál es la percepción social de los internos, los ex convictos y la sociedad del sistema penitenciario en general?, ¿es posible una reinserción del hombre criminal?

Estas interrogantes no son sencillas de responder debido a todas las implicaciones que conlleva para el Estado, para el individuo y la sociedad; al respecto tenemos que hacer énfasis en la importancia del aspecto económico que envuelve a la prisión, pues es obvio que el presupuesto aplicado por el poder público a este sector es trascendental para entender el funcionamiento actual del sistema penitenciario así como la perspectiva de desarrollo para el futuro; además no debemos olvidar que una vez que el individuo abandona la prisión, se encuentra con una sociedad que lo ha etiquetado como una persona peligrosa, de poca o nula confianza, deshonesto y demás calificativos, lo que ocasionan para la persona serias dificultades para reintegrarse a la sociedad y no volver a delinquir.²²²

Nuestro sistema penal solo contempla dos sanciones, la pecuniaria y la prisión, “el derecho penal latinoamericano está enfermo de pena de prisión; el abuso de la privación de libertad ha llevado a un franco deterioro de todo el sistema penal”,²²³ ello en función de la creación de marcos normativos más retributivos que preventivos, sobrecarga laboral para los funcionarios involucrados, y elevados índices de corrupción que se manifiestan en la prisión de manera alarmante.

En cuanto a los fines que persigue la imposición de una pena, la corriente preventiva es aceptada actualmente por la mayor parte del mundo occidental, incluyendo a México al menos en cuanto al plano normativo; la directriz de la política criminal en materia penitenciaria está plasmada en el diverso 18 constitucional, en el que determina la manera en que se deben cumplir los estándares mínimos de trato que el Estado debe tener hacia los reos, así como los lineamientos y objetivos del régimen penitenciario.

En este punto el constituyente permanente reserva exclusivamente para el Estado la función penitenciaria, así el titular del poder ejecutivo en cada orden de gobierno debe

²²² BARATTA, Alessandro. Op. cit., P.34.

²²³ RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. Op. cit., P.51.

gestionar política y económicamente los recursos para garantizar a los internos el goce de los derechos como la salud, trabajo, privacidad y demás, a fin de lograr una verdadera reinserción social de los individuos delincuentes.

Para el especialista en política criminal Abelardo Esparza, los derechos humanos: pueden clasificarse en tres grupos; el primero de ellos atañen a la libre disposición del cuerpo, y se encuentran el derecho a la vida e integridad física, salud y a la libertad; el segundo se refiere a aquellos involucrados con la libre disposición del espíritu, dentro de los que se encuentran el derecho a la libertad de expresión, acceso a la educación y cultura, libertad religiosa, etcétera y; el tercer grupo abarca aquellos que afectan la libre disposición de los medios para poner en práctica los primeros dos grupos, y que son el derecho a una pronta y expedita impartición de justicia, seguridad jurídica e igualdad legal, así como los derechos políticos.²²⁴

De tal modo y retomando nuestro tema de investigación, la prisión preventiva atañe directamente al primero de los grupo señalados, pues atenta contra la libre determinación del cuerpo humano al mantenerlo privado de su libertad; independientemente a la afectación a los derechos incluidos en el segundo grupo (pues se le priva de los medios necesarios para un desarrollo intelectual y espiritual), el derecho a la impartición de justicia se ve diezmado específicamente cuando la privación de la libertad se decreta oficiosamente por tratarse por alguno de los delitos considerados graves por la legislación procesal, ello en virtud de que al individuo no se le permite ni siquiera debatir respecto de la imposición de la medida cautelar más invasiva a su persona, sino que ésta es impuesta como mero formalismo procesal para facilitar el juzgamiento y en su caso la imposición de la pena a cientos de miles de individuos.

²²⁴ ESPARZA F., Abelardo, “*Política criminal, La prisión preventiva: Algunos criterios de política criminal*”, Vínculo Jurídico, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas, publicada el 4 de diciembre de 1990, visible en el sitio web consultado el 1 de enero del 2016. <http://www.uaz.edu.mx/vinculo/webrevj/1rev4.htm>

2.8.3. Funcionalismo y garantismo penal en la prisión preventiva.

Tradicionalmente se ha hecho uso excesivamente del Derecho Penal como herramienta única para lograr el control social, sin embargo, los modernos postulados criminológicos que parten de una sólida base empírica afirman que la intervención penal excesiva tiene consecuencias nocivas para el individuo y la sociedad pues “una intervención de esta naturaleza es siempre traumática, quirúrgica, negativa; negativa para todos por sus efectos y elevado costo social”,²²⁵ pues estigmatiza tanto al activo como al pasivo de la relación criminal y fomenta la repetición e imitación de conductas desviadas; más grave aún es la consolidación del estatus quo de la delincuencia por el que, como sociedad asumimos ciertos prejuicios que demeritan no solo la norma penal sino el sistema punitivo en general.

De lo que hemos estudiado de la prisión preventiva, podemos vislumbrar tres criterios de ésta como política criminal; el primero de ellos contempla la reclusión de la prisión preventiva como una institución contraria al principio de presunción de inocencia, pues se encarcela al individuo sin un juicio previo; el segundo sostiene que la privación de la libertad es aceptable en un estado de Derecho, siempre que se imponga como medida excepcional y se afecten en la menor medida los derechos del imputado y; el tercero refiere que mientras que la figura esté contemplada por la norma procesal y su imposición por la autoridad se apegue a ésta, la reclusión del individuo es legítima. De tal modo podemos observar que tanto el primero como el tercer criterio son los dos extremos interpretativos de la misma situación, pues uno pretender desvirtuar la existencia material y normativa de la prisión preventiva, mientras que el otro se avoca a justificarla como herramienta procesal necesaria del sistema punitivo cuya finalidad es el funcionamiento de la sociedad.

La teoría general del garantismo reconoce al Derecho Penal como el instrumento más invasivo del Estado cuya aplicación indiscriminada puede generar múltiples vulneraciones a los derechos de ciertos integrantes de la sociedad, por lo tanto se deben incluir barreras a la autoridad en su actuar punitivo; esta concepción nace en Europa en el siglo XVIII y a partir de ese momento se ha transformado de acuerdo al tiempo y

²²⁵ PABLOS de Molina, Antonio García, Op. cit., P.82.

circunstancias en la cultura occidental. A partir de la década de mil novecientos setenta Claus Roxin postula la necesidad de conciliar las finalidades político criminales propias de un Estado de derecho con la elaboración de la normatividad penal; sin embargo ello no implica que el Derecho Penal se avoque a la solución de toda conducta antisocial, pues en virtud del principio de última ratio y como lo manifestaron los representantes de la escuela de Frankfurt en los ochentas, existen instancias estatales anteriores a la intervención de las autoridades punitivas a cuyo cargo se encuentra la protección de ciertos bienes jurídicos de relativa menor importancia.²²⁶

El aclamado jurista Luigi Ferrajoli utiliza la expresión –garantismo- bajo tres acepciones; “en la primera, designa un modelo normativo de Derecho (el modelo de Estado); en la segunda, el garantismo es una teoría jurídica (la del “iuspositivismo crítico”, como opuesta al iuspositivismo dogmático); y en la tercera, el garantismo es una filosofía política (la que funda el Estado en el reconocimiento y protección de derechos”.²²⁷ En cuanto a la prisión preventiva la teoría garantista afirma que sin importar las finalidades que se le asignen, nunca será una práctica legítima privar de libertad a un presunto inocente, a quien no se le ha demostrado su culpabilidad.

Luigi Ferrajoli como máximo representante del garantismo penal afirma que la prisión preventiva en esencia se contrapone con el principio de presunción de inocencia, debido proceso y última ratio, por lo que su contemplación en las normatividades procesales resulta ilegítima e inadmisibles. Al tratar a las causas de justificación que ciertos autores refieren y que actualmente se contemplan en nuestra Carta Fundamental en su artículo 19, el jurista italiano argumenta que éstas no legitiman la privación preventiva de la libertad de acuerdo al principio según el cual la culpabilidad del imputado debe declararse

²²⁶ GILBERTO Rodríguez, Cristhian, “*Actuales tendencias del derecho penal: del garantismo al moderno derecho penal*”, artículo publicado en la revista Derecho Penal Online, revista de Derecho penal, procesal penal y Criminología, visible en el sitio web de dicha revista, consultado el 9 de mayo del 2016.
<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,407,0,0,1,0>

²²⁷ GASCÓN Abellán, Marina, “*La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli -Derecho y razón.*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 9 de mayo del 2016.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr13.pdf>

dentro de un juicio²²⁸ en el que la acusación sea controvertida mediante valoraciones, respecto del material probatorio existente y de la normatividad jurídica, por lo que el simple hecho de que el juez de la causa dicte dicha medida en base a una norma procesal vigente carece de legitimación para privar de su libertad al individuo; de esta manera se actualiza la hipótesis, respecto de la ley válida y la ley vigente, de acuerdo a la cual no todas las leyes vigentes (aquellas emitidas por autoridad competente y mediante cumplimiento de requisitos formales) son válidas (aquellas que se adecúan a un marco constitucional democrático de respeto a derechos fundamentales).

En el plano general respecto a las instituciones que sirven al Derecho y proceso penal, el maestro Silva Sánchez afirma que estas solo son legítimas y efectivas en medida que las violentaciones que producen (en el caso la privación de la libertad) sea menor a aquellas que evitan (la protección de la víctima, la sustanciación del juicio y la compurgación de una posible pena); mismo criterio del que nos habla John Rawls en su Teoría de la Justicia al referir como característica del utilitarismo clásico “cuando las instituciones más importantes de la sociedad están dispuestas de tal modo que obtienen el mayor equilibrio neto de satisfacción, distribuido entre todos los individuos pertenecientes a ella, entonces la sociedad está correctamente ordenada y es, por tanto, justa”.²²⁹ De esa manera y como lo hemos observado hasta el momento, el uso que se le da a la prisión preventiva en nuestro sistema jurídico y las condiciones a las que se obliga a vivir a los internos bajo este régimen, en la gran mayoría de los casos no pueden ser llamadas equilibradas en cuanto a satisfacción del respeto a los derechos de los involucrados en los procesos penales.

Desarrollada por sociólogos, antropólogos y filósofos, la teoría funcionalista nace en la década de 1930, aunque en un principio figura como una teoría de la comunicación, a la postre desemboca en una teoría general de las ciencias sociales que en síntesis postula que

²²⁸ Según el párrafo 2º. Del artículo 14 de nuestra Constitución que a la letra dice: Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho.

²²⁹ RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, 6ª reimpresión, México 2006, Fondo de Cultura Económica, P.34.

las instituciones sociales son medios colectivamente desarrollados para satisfacer las necesidades biológicas y culturales en cumplimiento de una función social; así las instituciones sirven para consolidar fines socialmente valorados, tal como lo postulan autores de la talla de Émile Durkheim y Herbert Spencer. En cuanto al Derecho Penal la teoría funcionalista parte con los postulados de Franz Von Liszt quien afirma que las instituciones punitivas al servir a intereses sociales deben distinguir entre dos tipos de individuos, los primeros son aquellos que construyen valores sociales positivos y a los que la norma jurídica debe proteger de posibles arbitrariedades por parte de las autoridades y de otros miembros de la sociedad; el segundo tipo de individuos son aquellos que importan a la sociedad “patologías” y peligros sociales, pues demeritan el esfuerzo de la sociedad y de la norma para la sana convivencia social. A criterio del aclamado jurista germano dentro del segundo grupo de individuos encontramos a los alcohólicos, proletarios, y gente del submundo, quienes constituyen un “ejército enemigo” y a quienes se debe aplicar una norma jurídica de excepción.

En cuanto a lo anterior podemos afirmar que es lamentable pero certero el hecho de que la historia nos demuestra que las normas de excepción son fuente de arbitrariedades que en no pocos casos ha derivado en crímenes de Estado; más aún si ante cualquier tipo de conducta ilícita a estos individuos se les denomina “enemigos” del Estado y de la propia sociedad, puesto que en el caso, dicha teoría genera la aplicación de un Derecho Penal de autor y no de acto. Actualmente la teoría funcionalista del Derecho Penal también llamada Derecho Penal del enemigo, es representada por el jurista alemán Günther Jakobs, quien a finales del siglo pasado en el congreso denominado “La Ciencia Penal ante los Retos del Futuro” expone “... El enemigo es un individuo que, no solo de manera incidental, en su comportamiento o en su ocupación profesional, o principalmente a través de una organización, es decir, cualquier caso de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por lo tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento”.²³⁰

²³⁰ GILBERTO Rodríguez, Cristhian. Op. cit.

De esa manera para el profesor Jakobs cierto sector de la delincuencia alberga individuos incorregibles, personas a quienes la aplicación de un Derecho Penal general no resulta útil, pues estos individuos han dado la espalda a prácticamente todo tipo de orden y convivencia social; en ese sentido las instituciones penales deben abordar su captura, procesamiento y punición en función a leyes que en principio no obedezcan a la reinserción social, pues ya se les ha descalificado esta posibilidad. En nuestro país esta teoría ha cobrado mucha fuerza y desde la década de los setentas se han implementado disposiciones o leyes propiamente en casos de excepción, ejemplo de estas son las reformas constitucionales que permiten la intromisión de la armada y las fuerzas armadas en el combate a la delincuencia, función que antes de la reforma estaba restringida a las fuerzas policíacas federales, estatales y municipales; otro ejemplo es la creación de leyes penales especiales como la ley contra la delincuencia organizada, o la ley contra la trata de personas y explotación sexual, o la inclusión de tipos penales en marcos legales generales como el Código Fiscal de la Federación o la Ley General de Salud.

Ante esta situación el maestro José María Silva Sánchez en su obra *La expansión del Derecho Penal*,²³¹ nos habla de las causas de que cada vez se pretenda resolver los problemas sociales mediante el sistema penal son diversas; la primera que refiere es la aparición de riesgos nuevos a la sociedad, lo que implica que con el desarrollo humano y de las tecnologías han surgido nuevos bienes jurídicos valiosos, que antes no existían, ejemplo de ello son las comunicaciones, el comercio electrónico, la privacidad de la información existente en el internet, etcétera. Otra causa del incremento de punibilidad en las legislaciones mundiales es la sensación generalizada de inseguridad, que funciona a modo de presión social para que las autoridades se apresuren a resolver el problema de la delincuencia.

Refiere Silva Sánchez que el fenómeno de la globalización y la integración supranacional influye en este fenómeno, toda vez que naciones de menor evolución jurídico social se integran a bloques económicos, con la condición de actualizar sus marcos

²³¹ SILVA Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, España 2001, Civitas Ediciones S.L.

normativos, en función de estándares mínimos internacionales; sin embargo, no todo se refiere a la actividad estatal, también contempla que el fenómeno delincencial se ha internacionalizado y modernizado, lo que dificulta la actividad policial o persecutoria de las autoridades. Hablando de México, diversas instituciones internacionales como *Human Rights Watch* han manifestado su preocupación en torno a violaciones sistemáticas a derechos fundamentales, relacionadas con estrategias de lucha contra la delincuencia organizada.²³²

De acuerdo con lo que hemos manifestado, la prisión preventiva se torna en una herramienta de coacción, cuya finalidad es mantener a los peligrosos y enemigos alejados de una sociedad, conformada por personas leales a la norma jurídica. Así, los individuos que no aceptan la norma más que de manera coactiva, no pueden ser considerados ciudadanos y en esa función pierden los derechos otorgados por la propia norma jurídica que ellos desvaloran; de ese modo estos individuos pierden todo tipo de protección legal, fundamentalmente aquél que se refiere a un debido proceso y a la presunción de inocencia. “El encierro preventivo se vuelve en algunos procesos un elemento extorsivo para las personas que lo están sufriendo, ya que los obliga a aceptar juicios abreviados con todos los condicionamientos que estos involucran”,²³³ refiriéndose el autor a la renuncia del juicio oral en el que se debaten todas y cada una de las acusaciones y pruebas planteadas por la fiscalía, relevando a la parte acusadora de la carga de la prueba.

De ese modo podemos arribar a la conclusión de que, tanto la postura de la teoría garantista, como la de la teoría funcionalista, obedecen a dos criterios que desde inicios de cualquier tipo de normatividad penal parecen ser antagónicos. De una parte nos encontramos ante la libertad de los miembros de la sociedad, derecho fundamental antes otorgado por el Estado, hoy reconocido por el mismo, cuya trascendencia impacta en la

²³² Centro de Colaboración Cívica, asociación civil con apoyo del Centro de Investigación y Docencias Económicas y Observatorio Juarense de Seguridad Pública y Seguridad Social, “*Diálogo sobre seguridad pública con enfoque de derechos humanos*”, visible en el sitio web del Centro de Colaboración Cívica, consultado el 12 de febrero del 2015.

http://www.seguridad.colaboracioncivica.org/index.php?option=com_content&view=article&id=3

²³³ KOSTENWEI, Ezequiel, Op. cit., P.55.

normatividad más valiosa de una sociedad, en este caso la Constitución Política; por otra parte nos encontramos ante la seguridad como derecho social a cargo de las autoridades, responsabilidad que debe ser tomada con la mayor seriedad si se pretende legitimar el poder público.

Existe un alto grado de validez en todo lo afirmado, pues tan relevante para una sociedad es el mantenimiento del orden y la vigencia de la norma, como la libertad del individuo y las restricciones al poder punitivo; encontrar el punto medio entre la libertad de los individuos y la seguridad pública en la normatividad penal, siendo labor extremadamente complicada, sin embargo, de acuerdo con los postulados internacionales modernos en materia de Derechos humanos, la protección del individuo contra cualquier tipo de arbitrariedades emanadas de particulares y más aún públicas, es principio fundamental que debe primar la labor de todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, lo que hace incompatible la existencia de leyes de excepción que restrinjan el alcance de derechos otorgados por convenciones internacionales y en nuestro caso la Constitución Política.

2.8.4. Política criminal en torno a la prisión y la prisión preventiva.

Gustav Radbruch afirmó que para conocer una sociedad es suficiente con conocer su sistema penitenciario, sus tribunales y la normatividad penal que la rige en su parte sustantiva como adjetiva. En materia de prisión preventiva, si echamos una mirada a la normatividad procesal regente antes de la reforma constitucional penal del 2008, en los códigos procesales federal y de las entidades federativas la medida cautelar por excelencia era, la privación provisional de la libertad del imputado.

El Doctor Claus Roxin por su parte afirma que “el orden interno de un Estado se revela en el modo en que está regulada esa situación de conflicto: los estados totalitarios, bajo la antítesis errónea Estado-ciudadano, exagerarán fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible, del procedimiento penal en un estado de Derecho, en cambio, la regulación de esa situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano; el Estado mismo está obligado por ambos fines –

aseguramiento de la orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano”.²³⁴

De esa manera el sistema penal al ser el recurso más fuerte del Estado, para concretar sus políticas públicas, debe ser equilibrado en función de la determinación que dicho Estado tenga; así, un Estado constitucional democrático no puede equilibrar la balanza solo a favor de la concreción de sus intereses a través del sistema represor, pues ello implica desproteger los derechos de la ciudadanía, contraviniendo principios fundamentales del Estado moderno.

2.8.4.1. Prisión.

En nuestro campo de estudio los datos aportados por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática en su publicación de Estadísticas Judiciales en Materia Penal nos informa que, del total de sentencias condenatorias dictadas por autoridades jurisdiccionales, más del 96 % ordenaban la pena de prisión, mientras que el restante 4 % se impuso alguna sanción pecuniaria como multa o reparación del daño. Muestra clave para nuestra investigación, indicio de que en nuestro país la prisión es utilizada prácticamente como única pena por parte del sistema legal, asimismo la prisión preventiva es la única herramienta procesal usada por los jueces en el sistema penal inquisitivo mixto. Lo anterior obedece a una política criminal propia de un Estado represor cuyo entramado punitivo sistemáticamente vulnera gravemente bienes jurídicos valiosos de centenas de miles de individuos, a quienes supuestamente deben reintegrar a la sociedad por medio de un sistema que asegure su integración y capacitación al campo laboral en un ambiente de seguridad y salud.

Desafortunadamente la errada política penitenciaria ha decaído en la creación oficializada de “comunidades que viven en un entorno permanente de violencia, depredación, deterioro de calidad de vida y degradación de la condición humana que muy probablemente generará individuos afectados por la violencia y el crimen. Son ellos, en

²³⁴ ROXIN Claus, *Derecho Procesal Penal*, Op. cit., P.258.

miles, quienes se reincorporan cada año a nuestra sociedad”.²³⁵ La descripción de la vida en común es muy acertada por parte del Doctor Carbonell, pues de los datos referidos con anterioridad no podemos describir a las cárceles mexicanas de otra manera; al mismo tiempo la última frase vertida por el académico resume otra problemática, pues nos recuerda que las personas que cumplen sus sentencias o son declaradas inocentes en sus respectivos procedimientos penales y regresan a convivir con la sociedad, lo que si bien en algunos casos genera temor a regresar a prisión y la persona evita volver a delinquir, en muchos otros casos la persona lejos de ser reinsertados a la sociedad vuelve a esta con mayores habilidades criminales, mejores nexos y tratos con miembros de la delincuencia organizada.

No es necesario profundizar en la consecuencia natural de ello, pues todos sabemos que la criminalidad en nuestro país lejos de disminuir en cantidad y gravedad, diariamente nos encontramos con notas periodísticas, vivencias de terceros y experiencias personales que nos indican que la gravedad e incidencia de las conductas ilícitas sobrepasa lo que ocurría en años atrás; así se torna necesario mejorar e institucionalizar los programas y las técnicas de reinserción a efecto de lograr los contenidos y alcances de los programas laborales, de capacitación laboral, en materia de educación, así como instituir un programa eficiente de evaluación de proceso de reinserción durante la estancia en prisión y luego de la salida de los internos.

Por otra parte, es innegable que es menester mejorar la infraestructura penitenciaria, para poder ofrecer a los internos condiciones dignas de reclusión, acorde con las características y número de internos que ahí habitan, y que ya están reguladas por la normatividad mexicana y tratados internacionales, por lo que este apartado es labor única del ejecutivo federal y de los estados para que los recursos que destinen, verdaderamente sean aplicados en esta área. El Instituto de Reeducción del menor, la Corte Interamericana ha determinado que en el caso de las personas privadas de su libertad, el Estado está obligado a adoptar una especial posición de garante de sus derechos para que estos estén en posibilidades de alcanzar una vida digna en todos sus aspectos... “de no ser así, ello

²³⁵ CARBONELL, Miguel. Op. cit.

implicaría que la privación de la libertad despoja a las personas de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar”.²³⁶

Lo anterior no solo obedece a una política pública democrática y de respeto a derechos humanos, pues a pesar de que ello basta para que la atención al tema sea inmediata, pues como lo manifestábamos arriba, como sociedad debemos pensar en las consecuencias a mediano y largo plazo de tener a miles de personas conviviendo durante meses, años, lustros e incluso décadas en las peores condiciones imaginables, creando un ambiente en el que la violencia es una condición de vida y cuyo único medio de defensa es la agresividad y la colusión del interno con organizaciones criminales; estas personas una vez concluida su sentencia o su estancia bajo prisión preventiva, regresan a la sociedad contaminados en su persona, del ambiente al que se vieron obligados a vivir. La contratación y capacitación del personal penitenciario especializado en lograr un verdadero orden interno, así como la depuración de custodios y administrativos deficientes y corruptos, es pieza clave para lograr que nuestro sistema penitenciario verdaderamente sirva como medio para la reinserción social.

2.8.4.2. Prisión preventiva.

La prisión preventiva tiene un lugar único dentro del sistema punitivo, entendido éste como el *ius puniendi* y el *ius poenale*. El *ius puniendi* como facultad del Estado para sancionar a individuos cuya conducta actualice alguna hipótesis señalada como delito, así como al complejo sistema organizado en los tres niveles de gobierno en cooperación con los tres poderes de la Unión para lograrlo, observando en todo momento respeto a los derechos humanos reconocidos por la Constitución y tratados internacionales; de esa manera la prisión preventiva en el primer caso es el contrapeso por excelencia al principio de presunción de inocencia, al contemplar el encarcelamiento “preventivo” de un individuo inocente que no ha sido enteramente juzgado ni mucho menos condenado por la comisión de algún ilícito, por lo que debe considerársele inocente en todo momento.

²³⁶ GARCÍA Ramírez, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México 2012, Editorial Porrúa, P.64.

Por *ius poenale* entendemos; la regulación normativa de la facultad punitiva del Estado y del sistema organizativo que materializa dicha facultad; precisamente en cuanto a la prisión preventiva, esta debe ser llevada al plano normativo a modo de excepción a la regla de presunción de inocencia del reo, por lo que debe ser plasmada en la norma procesal vigente de manera muy cuidadosamente por parte de la autoridad legislativa y aplicada con mayor atención por los jueces penales, especialmente en un Estado Constitucional de Derecho.

Así, la prisión preventiva es uno de los temas del Derecho Procesal Penal que más controversia genera en debates de política criminal y seguridad social, dada la valoración que el legislador debe hacer respecto a los derechos de las partes y el bien de la sociedad en general; pues como lo manifiesta el maestro Domenico Pisapia “la ideología política que subyace a un determinado ordenamiento jurídico se refleja en la prisión provisional, más que en ninguna otra institución jurídica, más incluso que en la propia pena”;²³⁷ pues el conflicto de intereses que genera la imposición de la medida cautelar más radical para el imputado, y la resolución estatal respecto a la ponderación de intereses involucrados es muestra de la política criminal que desenvuelve determinada sociedad en su ámbito espacial y temporal.

Sin embargo las instituciones administrativas, judiciales y penitenciarias no cumplen con las expectativas sociales, pues lejos de reducir las tasas criminales y promover la reinserción social, a largo plazo han generado un daño a la sociedad, con procedimientos lentos, automatizados y deshumanizantes por los que actualmente más de cincuenta mil personas están privadas de su libertad, sin haber sido encontrados penalmente responsables por la comisión de algún ilícito, lo que ha propiciado que a inicios del 2015 110 mil de los 260 mil internos en las prisiones en México estén esperando sentencia.

Al respecto estamos de acuerdo con el Doctor Carbonell en cuanto a que los mayores pendientes del sistema punitivo mexicanos son la política criminal y la política

²³⁷ RODRÍGUEZ Magariños, Faustino Gudín, “*Cárcel electrónica versus prisión preventiva*” visible en el sitio web de la Universidad Nacional de Educación a distancia, consultado el día 24 de enero del 2015. P.1.

http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Gudin_Prision_Preventiva.pdf

penitenciaria, pues las consecuencias de privar de la libertad a quienes están a tiempo de alejarse de una carrera delictiva, cada vez más nociva, ya las empieza a pagar la sociedad;²³⁸ mejoramiento que para el Doctor de la Universidad autónoma de Madrid, Elías Díaz, consiste en la positivización de las demandas sociales legítimas, centradas esencialmente en cuatro puntos, y que son el imperio de la ley; la división de poderes; la fiscalización de la Administración pública; y la protección de los Derechos y libertades fundamentales, especialmente dentro de procedimientos penales.²³⁹

En este caso los mecanismos jurídicos y políticos institucionalizados para la protección y efectiva realización de exigencias sociales de libertad e impartición de justicia, que se plasman en la reforma constitucional penal a modo de restringir el uso de la prisión preventiva.

La regulación de la prisión preventiva en nuestro marco constitucional, nunca había sido tan nutrida, como lo es a partir de la reforma constitucional penal del 2008, lo que se materializó con la promulgación del Código Nacional de Procedimientos Penales en el año 2014, y que implica una transformación en la valoración del derecho a la libertad que tenemos todas las personas, ya que solo en los extremos más graves la autoridad judicial puede decretar la prisión preventiva del imputado. Ésta transformación en la política criminal para el procedimiento penal es un gran avance en materia de Derecho Procesal Penal y Derechos Humanos; sin embargo, este nuevo enfoque político criminal en el que se pretende dar un nuevo comienzo al procedimiento penal en México, en el que se respeten por igual los derechos de las partes, si bien es un logro del sistema de administración de justicia y de seguridad pública, por otra parte cierra las puertas de dichos beneficios a los individuos, sujetos a procedimientos penales de corte inquisitivo, quienes serán procesados y sentenciados bajos una normatividad a todas luces anacrónica, cuya ineficacia ha sido

²³⁸ CARBONELL, Miguel. Op. cit.

²³⁹ DÍAZ, Elías, “*Estado de Derecho y Legitimidad Democrática*”, Madrid, España 1998, Editorial Taurus, p.63 visible en el sitio web de la universidad Autónoma de Madrid, consultada el 17 de febrero del 2015. P.211.

<https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/831255.pdf>

ampliamente comprobada y que sigue causando múltiples violaciones a los derechos humanos.

Durante la pasada década, la política criminal desplegada a nivel federal en su combate al crimen organizado, ha generado mucha controversia en principio por la militarización de la política de seguridad, así como por los métodos utilizados por la Procuraduría General de la República y las fiscalías locales, para lograr “rendir cuentas” a la sociedad a cerca de la eficiencia de la política criminal. Lamentablemente la política de combate al narcotráfico y delincuencia organizada ha tenido miles de víctimas, algunas de ellas fatales debido a los abusos cometidos por los miembros de la policía y fuerzas armadas; independientemente de actos tan graves, el abuso de la política punitiva acentuada durante el sexenio anterior y el presente, ha generado múltiples problemas en el sistema de seguridad pública e impartición de justicia, a modo de ejemplo a partir del inicio de la – guerra contra las drogas- en México 620 mil personas fueron detenidas en operativos contra el narcotráfico, sin embargo, cerca de 500 mil fueron liberados tras el proceso penal.²⁴⁰

El anterior dato es una clara muestra de lo poco reflexivo que era el uso de la prisión preventiva, en el marco de una política criminal persecutoria, cuyas instituciones que no están preparadas para afrontar el problema del narcotráfico y la delincuencia organizada; lamentablemente las instituciones involucradas en el proceso penal como la policía, las dependencias de servicios periciales en auxilio del órgano investigador, los tribunales de justicia y finalmente la administración pública como ejecutor de las penas, especialmente en el fuero común, no se encuentran listas para afrontar las exigencias normativas actuales, lo que a la postre generará una incertidumbre jurídica generalizada al menos durante la primera década de funcionamiento del sistema acusatorio.

Uno de los mayores retos para el poder judicial con la implementación del sistema acusatorio en materia de medidas cautelares, es romper con aquella tradición de imponer el encarcelamiento preventivo como regla general dentro de los procesos penales, pues si recordamos lo ordenado por el Código Nacional de Procedimientos Penales, existen diez

²⁴⁰ PAZ, Susana. Op. cit.

medidas cautelares diversas a la prisión preventiva, las cuales están enumeradas de la menos gravosa a la más invasiva, precisamente a modo de que el Juez de Control opte por aquella que considere aplicable conforme a lo aportado por las partes; sin embargo no dejamos de reconocer la dificultad que implica esta labor para cualquier funcionario público, pues como lo han referido diversos actores judiciales “los que aplican la ley en los términos en que está escrita, se exponen al riesgo de que, de existir un hecho posterior que genere conmoción social, en el que esté involucrado un imputado que liberaron anteriormente, pierdas su trabajo por la denuncia de dirigentes políticos... Parece que del peligro procesal en los últimos años pasamos al peligro judicial que sería peligro de que el Juez pierda su trabajo aun aplicando la norma tal cual está escrita”.²⁴¹

2.8.5. Costo social de la prisión preventiva en México.

Como se desprende de los los datos estadísticos criminológicos analizados anteriormente, en nuestro país existe un índice de sobrepoblación carcelaria en los 268 centros penitenciarios, en los que 100´304 internos se encuentran bajo régimen de prisión preventiva, a los que debemos sumar aquellos internos que ya recibieron condena, lo que nos arroja un total de más de 242´754 personas confinadas en espacios reservados para solo 164´866 de acuerdo a cifras oficiales.²⁴² Lo que genera un altísimo costo social en virtud de los recursos que el Estado asigna a este rubro, desatendiendo otros sectores de la seguridad pública de mayor beneficio como la prevención del delito; asimismo y toda vez que el rango de edad de los internos en su mayor parte es de individuos de entre 18 y 44 años,²⁴³ debemos considerar el desperdicio de toda la fuerza de trabajo, que lejos de integrarse al campo laboral o especializarse para él, están reclusos en prisiones donde su mayor ocupación, en el mejor de los casos, es cuidar en no convertirse en víctimas del delito por parte de sus compañeros reclusos o de los propios custodios.

De acuerdo con el estudio elaborado por el Doctor Zepeda Leucona, la prisión en términos netamente económicos al Estado le genera un gasto anual de más de cuatro mil

²⁴¹ KOSTENWEI, Ezequiel, Op. cit., P.75.

²⁴² Ver Capítulo. 2.2., enfoque criminológico de la prisión.

²⁴³ Instituto Nacional de Geografía y Estadística, “*Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2014*”. Op. cit.

millones de pesos, es decir, el 60% del presupuesto asignado para seguridad pública, ello sin contar el costo de la construcción de los centros de reinserción; ahora bien, si tomamos en cuenta que más de la mitad de los internos en los centros de reinserción social se encuentran recluidos sin que se les haya dictado sentencia condenatoria, de una simple operación aritmética podemos concluir que la prisión preventiva consume más del 30% de los recursos asignados a seguridad pública.²⁴⁴

Además, debemos considerar el problema de corrupción a nivel político e institucional que aqueja al sistema penitenciario, pues a criterio de la investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Elena Azaola Garrido, otra característica de las cárceles, es la ausencia de rendición de cuentas, si bien las prisiones son instituciones que cumplen una función pública que debería estar sujeta al escrutinio y rendir cuentas por sus resultados en función de sus objetivos.

En cuanto al costo económico que genera la prisión preventiva para los internos, cuyas posibilidades de obtener ingresos se ven mermadas casi completamente por su situación jurídica, la cifra aproximada es de un millón trescientos mil pesos por cada uno de los internos; cantidad de dinero que es la suma de la ausencia de una actividad económica, riesgo de muerte o de contraer alguna enfermedad, ausencia de seguridad médica, y pagos extra. Por su parte, para la familia del interno los costos aproximados son de más de cuatrocientos mil pesos, dentro de los que se incluye la asistencia al detenido, tiempo de visita, pago de honorarios de abogado particular, y pagos extra legales. Finalmente el propio autor nos otorga la suma de dinero que cuesta a la sociedad la prisión preventiva, por concepto de servicios de organizaciones sociales y productividad, arrojando un total de aproximadamente un millón de pesos anuales por cada interno de reinserción social en México.

Medios periodísticos internacionales por medio de sus actividades investigativas²⁴⁵ nos aportan datos crudos de lo que implica

²⁴⁴ ZEPEDA Leucona, Guillermo, *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena?*, Op. cit., P.17.

²⁴⁵ NÁJAR, Alberto, “México: ¿cuánto pagan los presos por sobrevivir en las cárceles?”, publicado en el sitio web de la British Broadcasting Corporation, BBC Mundo, Ciudad de México, publicado el 30 noviembre 2015, consultado el 10 de febrero del 2016.

económicamente para cada reo acceder a servicios básicos dentro de la prisión como lo son el derecho a dormir acostado, agua potable, aseo personal y obvio, evitar ser víctima de golpes y atracos. Las condiciones son más precarias dentro de las cárceles estatales que actualmente ascienden a un total de 277 prisiones en el país; dentro de estas instalaciones las cuotas exigidas por internos y custodios rondan entre los 100 y 260 pesos semanales solo por acceder a un espacio en el piso y una cobija para dormir, sin embargo las cuotas aumentan según otras necesidades, pues para los internos que deseen conservar su integridad física, el costo de un “guardaespalda” es de entre 2.500 y 5.000 pesos mensuales, suma de dinero similar a la que tienen que erogar los internos para no ser trasladados a las áreas de la prisión donde se encuentran los reos más peligrosos. De acuerdo a esta fuente, el total de las cuotas en los penales más grandes y con mayor índice de hacinamiento supera un total de 300 mil pesos semanales por cada prisión, dinero que en su mayoría no conservan los custodios ni los internos, sino que es repartido a funcionarios de mayor rango dentro del sistema penitenciario. Lamentablemente todo el dinero que circula ilícitamente dentro de las prisiones proviene de los familiares de los internos, quienes se ven obligados a vender sus propiedades como su casa y autos, pues independientemente de los gastos extraoficiales que conlleva tener a un familiar preso, en muchos casos el interno era el pilar económico familiar, lo que transforma las condiciones de vida de todos los integrantes de la familia.²⁴⁶

En cuanto a escala nacional y solo por lo que hace a internos privados preventivamente de su libertad en México “tiene un costo de más de 9,750 millones de pesos anuales”;²⁴⁷ dato que nos deja ver la triste realidad respecto de la figura en estudio y en general del gasto público, pues es incongruente que en un país donde la desnutrición, la inseguridad, falta de acceso a servicios básicos son fenómenos constantes, el gobierno a través de instituciones y normatividad en ejercicio de su facultad para determinar políticas criminales, decide erogar semejante cantidad de dinero para mantener reclusos a determinados individuos acusados de la comisión de algún ilícito, en lugar de asignarlo a sectores de primaria necesidad como producción de fuentes de trabajo, educación, salud y servicios públicos, y que repercuten directamente en materia de seguridad pública como medios de prevención primaria y secundaria.

http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/11/151124_mexico_presos_carcel_pago_an

²⁴⁶ ZEPEDA Leucona, Guillermo, ¿Cuánto cuesta la prisión sin condena?, Op. cit., p.17.

²⁴⁷ Ídem.

Por las razones antes advertidas, es viable concluir que el costo-beneficio de las prisiones en México es perjudicial, como lo expresa el maestro Pablos de Molina que “el sistema legal responde ante el Estado de la deuda que el delincuente contrajo con éste (a través de una sentencia condenatoria)... la solución del conflicto criminal es también, una solución formal, impersonal: no existen criterios materiales ni de utilidad individual o social. Su implacable automatismo, no guarda parangón alguno con la rentabilidad de su intervención ni con los elevadísimos costes sociales de la misma”,²⁴⁸ pues gastamos cantidades enormes de dinero en un sistema penitenciario que lejos de favorecer la reinserción social, acrecienta las barreras de desigualdad social, y solo funciona como instrumento para apartar de la sociedad durante algún tiempo a criminales, en el que sistemáticamente se vulneran los derechos humanos de los internos, sus familias y, de los propios custodios que se ven obligados a laborar bajo condiciones de excesivo riesgo para su integridad.

Precisamente por ello, la reforma penal del 2008 se promulga con la intención de resolver los conflictos de todas las instituciones que figuran dentro del proceso punitivo, incluyendo obviamente al sistema penitenciario, que debemos recordar, no es más que, el ejecutor de las penas y medidas cautelares impuestas por la autoridad judicial, mejora que parte del desahogo de las instituciones carcelarias para que los recursos puedan ser distribuidos de manera que sean suficientes para cubrir las necesidades básicas de los internos en auxilio de una correcta reinserción a la sociedad; lamentablemente el beneficio multicitado no está disponible para los internos procesados bajo normatividad procesal de corte inquisitivo mixto en virtud del mandato constitucional en cita y la interpretación del mismo por parte de las autoridades jurisdiccionales competentes.

2.8.6. ¿Es la prisión preventiva la mejor alternativa para lograr los fines del procedimiento?

En nuestro país las prisiones están abarrotadas de criminales y procesados, sin embargo, la sensación de seguridad pública no es favorable; actualmente aproximadamente un cuarto

²⁴⁸ PABLOS de Molina, Antonio García, Op. cit., P.64.

de millón de personas están internadas en centros penitenciarios, de los cuales la mitad tienen sentencia y la otra mitad está en espera de tal. La causa de lo anterior no es única, pues este problema hunde sus raíces en la materia legislativa, judicial, de políticas criminales e incluso mediática.

Lamentablemente la situación de inseguridad que atravesamos, nos ha orillado a tomar decisiones irreflexivas y que a la postre nos ha generado mayores dificultades, muestra de ello son las crecientes penalidades por delitos relativamente menores, así como un actuar inquisitivo de la autoridad policiaca y ministerial que se ve formalizada a través de procesos penales a cargo de autoridades insensibles que dictan “justicia” bajo instrucciones semi oficializadas de condenar a los procesados y esperar que de alguna manera el sistema penitenciario resuelva el problema.

Queda claro que la prisión preventiva es un problema muy delicado al establecer la política criminal de un gobierno, regido por un ordenamiento normativo democrático. Este tema ha sido abordado por instituciones internacionales que señalan el abuso de la prisión preventiva en el marco legal y en la praxis, así como las ínfimas condiciones de vida dentro de las prisiones, pero que también reconocen la necesidad de la figura dadas las circunstancias socioculturales de los países latinoamericanos, “el axioma que impide la pena sin sentencia judicial que la ordene; y deviniendo ésta de un procedimiento previo ajustado a la Constitución y a la ley; marca indudablemente que en el curso de ese procedimiento el imputado no debe ser tratado como un culpable (penado) sino como un inocente. Sin embargo, tal afirmación no ha sido sostenida al punto de eliminar la posibilidad de utilización de la coerción estatal durante el procedimiento de persecución penal y el ejemplo es la aplicación de la prisión preventiva o privación de libertad procesal”.²⁴⁹

²⁴⁹ CORIGLIANO, Mario E., “Plazo razonable y prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” visible en el sitio web de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos consultado el día 6 de marzo del año 2015. <http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Eventos/Convocatorias/bibliografia/PlazoRazonablePrisionPreventivaJurisprudenciaCDH.pdf>

La normatividad procesal de corte acusatorio aplicable para toda la república, nos otorga una respuesta a la pregunta que titula este apartado, pues plantea una serie de trece medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva, y que deben ser contempladas al momento de que el Juez de Control resuelva la manera en que debe asegurarse la comparecencia del imputado a juicio, la protección de la víctima y la sociedad, el desarrollo del procedimiento y, en su caso, la imposición de una pena.

Cabe agregar que el orden legislativo opta por referir las medidas cautelares dentro del Código Nacional de Procedimientos Penales, que va de la medida menos desfavorable a la más grave, que en el caso es la prisión preventiva; así tenemos que la norma procesal contempla trece medidas cautelares antes de llegar a la prisión preventiva; la primera de ellas es la presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe; la segunda es la exhibición de una garantía económica; la tercera es el embargo de bienes; la cuarta es la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero; la quinta es la prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; la sexta es el sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada; la séptima es la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse o ciertos lugares; la octava es la prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa; la novena es separación inmediata del domicilio (destinada mayormente en casos de violencia intrafamiliar); la décima medida es la suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos; la decimoprimer medida es la suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral; la decimosegunda es la colocación de localizadores electrónicos, en este caso la renta o compra de dicho dispositivo es a cargo del imputado; la décimo tercera consiste en el resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga. Finalmente y atento al principio de excepcionalidad, la última medida que contempla nuestra nueva ley procesal es la prisión preventiva.

En México más del 90 % de las sentencias impuestas dentro de los procedimientos penales, contemplan la prisión como pena principal para el reo. Ante tal situación existen

diversas propuestas, cuya finalidad es reducir el índice de hacinamiento carcelario sin que ello implique propiciar la impunidad; la primera propuesta es reformar las normas penales, para que la prisión no sea la única pena aplicable, especialmente en caso de delitos menores y no violentos, por lo que es necesaria la implementación de teorías penológicas modernas y menos graves para el individuo que no recaigan directamente en su libertad en todos los casos, así la aplicación de multas económicas proporcionales y el servicio a favor de la comunidad para delincuentes de poca peligrosidad parecen ser soluciones viables.

En su investigación respecto de la influencia de los medios de comunicación masiva en el actuar de las autoridades judiciales, el sociólogo y antropólogo Ezequiel Kostenwei refiere que después de realizar entrevistas a funcionarios judiciales, un “número elevado señalaron a los medios de comunicación como uno de los factores que condicionaba la administración de justicia en general, y el uso de la PP (prisión preventiva) en particular”.²⁵⁰

Eugenio Raúl Zaffaroni al hablar de la influencia negativa de los medios de comunicación en la construcción social de la administración de justicia y especialmente en cuanto a la prisión preventiva, afirma que existe cada vez una mayor represión de una –criminología mediática- que se sirve a sí misma, y que la autoridad jurisdiccional fuera de los casos de ilícitos violentos y realmente dañinos a la sociedad, en su mayoría, los procesados se encuentran en esa situación por su torpeza o ignorancia, lo que sin desdeñar la afectación social que causa “en la mayoría de los casos estamos prisionizando (sic) a torpes desconcertados y no a quienes eligieron en plenitud”, lo que ha generado que aproximadamente la mitad de las prisiones estén ocupadas por individuos cuyo delito no ha sido probado.²⁵¹

Otra propuesta es la de disminuir la cantidad de internos en las cárceles, limitando el uso de la prisión preventiva; esto ha sido objeto de muchos debates legislativos y se vio materializada a través de la reforma constitucional penal; sin embargo, para lograr los resultados deseados deberíamos esperar varios años para que se sentencie a los internos

²⁵⁰ KOSTENWEI, Ezequiel, Op. cit., p.60.

²⁵¹ Ídem.

sujetos a prisión preventiva y sentenciados cumplan sus condenas y sean puestos en libertad.

Por ese motivo y para lograr en el menor tiempo posible el objetivo de descongestionar nuestras cárceles, es viable estudiar si la ley procesal en materia de prisión preventiva puede ser retroactiva a favor del reo, contemplando esta solución no solo desde el punto de vista humanitario y de respeto a derechos fundamentales, sino como mera practicidad administrativa y efficientización de recursos materiales y humanos, por lo que concluimos que es viable considerar alternativas a la prisión como pena y como medio de aseguramiento de los procesados. “Se propugna por ello que los presupuestos para la adopción de la medida cautelar penal restrictiva de libertad no se vinculen a una norma material que siempre traslada en el proceso penal su aplicación al momento de comisión del delito”.²⁵²

²⁵² ALONSO Furelos, Juan Manuel, “*Efectos de la sucesión temporal de leyes iniciado el proceso (irretroactividad y retroactividad) (Primera parte: Aspectos particulares)*”, Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), número 14 año 2014, visible en el sitio web oficial de dicha universidad, consultado el 08 de junio del 2016. P.69.

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20150408_03.pdf

Capítulo 3

Derechos Humanos, Impartición de Justicia y Retroactividad de la Ley.

En este capítulo de nuestra investigación abordaremos el tema de la prisión preventiva partiendo del enfoque de los derechos humanos y la reforma constitucional del 10 de junio del año 2011 en virtud de la cual se integran los principios pro persona e interpretación conforme al artículo 1º de nuestra Carta Fundamental; para ello es preciso analizar la importancia del debido proceso legal y el derecho a la impartición de justicia como instrumento de consolidación de los derechos fundamentales. Continuando con la perspectiva de los derechos fundamentales, estudiaremos lo relativo a la libertad de tránsito, las disposiciones que la regulan y las maneras en que esta puede ser limitada por las autoridades de manera legítima.

En el mismo tenor, y para prepararnos a abordar el fondo de esta tesis, estudiaremos los conceptos del sistema y orden jurídico mexicano como parámetros para establecer la pertenencia validez y eficacia de las normas jurídicas. Sobre esa base, pasaremos a estudiar el principio de supremacía de las normas constitucionales sin perder de vista los principios pro persona y de convencionalidad que deben regir todo acto de autoridad; así mismo abordaremos cómo las reformas constitucionales deben ser realizadas de acuerdo al principio de progresividad de las libertades y derechos de las personas, analizando los artículos transitorios desde su naturaleza jurídica, sus objetivos y conocer así si estos pueden ser reformados por la autoridad competente a efecto de respetar derechos fundamentales.

Así también abordaremos la temática de la retroactividad de la ley observada desde el enfoque de las diferentes teorías que la han explicado en su sentido positivo y negativo, entendiendo al primero como la capacidad de aplicar una norma que no estaba vigente al momento en que suceden los hechos materia del asunto planteado; mientras que en su sentido negativo, debemos entender como la inaplicabilidad de normas no vigentes al tiempo en que ocurren los hechos, esto último como parte del derecho fundamental al debido proceso legal. Con ello podremos abordar la existencia de la aplicación retroactiva de leyes benéficas para la persona, especialmente en materia penal a favor del reo.

Concluiremos este capítulo con el estudio de la posibilidad excepcional de interpretación y aplicación retroactiva de las leyes procedimentales específicamente en materia de medidas privativas de su libertad dada su peculiar eficiencia y eficacia dentro del proceso punitivo.

3.1. Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos se pueden definir de diferentes maneras, una de ellas es el “Conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente”.²⁵³ Una definición más de la teoría de los derechos humanos es la que nos señala que “son el conjunto de facultades inherentes al hombre, independientemente de que sean reconocidos por legislación alguna, además deben ser universales e imprescriptibles pudiendo encontrarse en el contexto civil, político, económico y social de todo ser humano vinculando estos Derechos Humanos a las condiciones naturales y materiales de existencia en el tiempo y el espacio”²⁵⁴

Al respecto debemos entender que no obstante de ser un concepto básico, nos otorga información respecto de que los derechos humanos están inmersos en todas las áreas de la vida del individuo y de la colectividad, así mismo y de acuerdo a la teoría estatista del debido proceso, estos derechos no solo son prerrogativas que se reconocen a la persona como individualidad y grupo social, sino que además deben ser considerados como el fundamento legitimador de la normatividad y del propio Estado.

De lo anteriormente expuesto “se presume que los principios rectores de la política social y económica consagrados en nuestra Constitución son las garantías de un mínimo

²⁵³ GÓMEZ Lara, Cipriano, “*El debido proceso como derecho humanos*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), P.342, consultado el día 3 de junio del año 2016 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/17.pdf>

²⁵⁴ PÉREZ Becerra, José Luis. *Derechos Humanos Y Ombudsman en México*. Primera Edición Puebla, México 2004. Editorial Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla. P. 22.

existente que los poderes públicos deben procurar sobre todo para beneficiar a los grupos más perjudicados”;²⁵⁵ así se patentó en la colectividad el reconocimiento de la necesidad del ordenamiento legal que reconozca los derechos de las personas y las facultades de la autoridad para hacerlos valer.

Por lo tanto los Derechos Humanos se fundamentan en esencia y presencia en la dignidad humana, es decir, se reconoce al ser humano un valor intrínseco que motiva y delimita a las instituciones del Estado en su actuar. Immanuel Kant autor fundamental del desarrollo ético y jurídico y de la dignidad humana, especialmente por su incorporación en la Carta de Naciones Unidas como en la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando se afirma que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...”;²⁵⁶ el filósofo pruso al referirse a este valor único refiere que “la dignidad humana constituye la –fuente- moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento”.²⁵⁷ Actualmente la expresión de la dignidad se ha expandido hasta ser utilizada en instrumentos que abarcan temas como las condiciones de reclusión de los presos, igualdad de género, derechos colectivos como el medio ambiente, derecho a vivienda, salud y trabajo, entre otros tantos.

²⁵⁵ HUERTA, Ochoa, Carla, “*El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). P.145, consultado el día 28 de junio del año 2016.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2375/8.pdf>

²⁵⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, “*Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos*”, visible en el sitio web en español de la Organización de las Naciones Unidas, consultado el 12 de junio del año 2016.

http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml

²⁵⁷ AGUIRRE-Pabón, Javier Orlando, “*Dignidad, Derechos Humanos y la filosofía práctica de Kant*”, grupo POLITEIA adscrito a la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 12 de julio del 2016.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/123/cnt/cnt3.pdf>

Al hablar de la dignidad y su relación con los derechos humanos se establecen cuatro vertientes en las cuales es comúnmente utilizada; el primero de ellos se remite a la prohibición de todo tipo de tratamiento inhumano, o degradación por parte de una persona sobre otra, especialmente cuando el victimario sea funcionario público o miembro de las fuerzas armadas; la segunda vertiente se dirige hacia la garantía de autodeterminación personal de acuerdo a la realización y proyecto de vida individual; la tercera se encuentra en el reconocimiento de que la protección de la identidad cultural colectiva y; la cuarta, en la creación de condiciones para la satisfacción de las necesidades personales de cada individuo.²⁵⁸

Así los derechos fundamentales son inherentes a solo la especie humana con independencia de sus condiciones de vida. Sus características son las siguientes: son universales, pues se extienden a todo género humano sin que puedan ser limitados temporal o territorialmente. Son progresivos pues se encuentran en constante desarrollo a la par de la evolución de la conciencia humana. Son irreversibles pues una vez que son reconocidos y forman parte del cuerpo normativo supremo no pueden ser erradicados. Son indivisibles pues deben ser vistos como una totalidad cuyo goce y ejercicio no puede ser parcial. Son interdependientes al estar relacionados entre sí, lo que implica que la vulneración a uno de ellos puede devenir en múltiples agravios para el individuo. Son inalienables pues no pueden ser objeto de transacción o negociación y; finalmente son imprescriptibles pues el transcurso del tiempo no afecta su observación obligatoria.²⁵⁹

Con los planteamientos anteriores ya podemos entender la relación de este apartado con nuestro tema de estudio. Como lo hemos venido refiriendo, el acto de enjuiciamiento penal y específicamente en la imposición de la prisión preventiva oficiosa involucra la intromisión estatal en un sinnúmero de derechos del individuo procesado, especialmente nos referimos a la libertad, el derecho fundamental a la impartición de justicia y el debido proceso y la retroactividad de la ley, aunque no debemos dejar de lado que el derecho a la

²⁵⁸ Ídem.

²⁵⁹ Cfr. Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derecho a la libertad personal*, Serie Derechos Humanos, México 2014.

libertad personal involucra el acceso al ejercicio de otros derechos como el trabajo, la familia, el recreo, la educación y derechos colectivos. Ahora bien, debemos permanecer atentos a los principios de los derechos humanos puntualizados en el párrafo que antecede, y comenzar a cuestionarnos si en verdad estos principios son observados por el Constituyente al insertar el texto del artículo 4to transitorio de la multicitada reforma penal, así como por las autoridades federales en sus criterios jurisprudenciales emitidos respecto de la inaplicabilidad de la retroactividad procesal a favor del reo en el cambio del sistema inquisitivo mixto al sistema acusatorio actualmente contemplado en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Tomando en consideración los postulados de la Teoría sobre los Derechos Fundamentales, que tiene por objeto de estudio los derechos humanos y de manera general se puede definir como "una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales".²⁶⁰ La finalidad de esta teoría es lograr la consolidación y defensa de los derechos humanos como barrera a los abusos o prácticas autoritarias de los poderes públicos y para lograrlo afirma que es necesario superar la concepción de los derechos humanos desde una perspectiva dogmática-jurídica, para incorporarla a la normatividad fundamental del Estado como ley suprema en la que la sociedad determina sus máximos valores y aspiraciones.

Esta teoría parte del postulado estatalista de los derechos humanos en cuanto y afirma que "los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución este es el pilar en que debe apoyarse toda interpretación de los derechos fundamentales".²⁶¹ De ese modo la interpretación de la ley e instrumentos internacionales debe obedecer a que los Derechos Humanos o Fundamentales son una necesidad para el

²⁶⁰ LANDA, César, "Teoría de los derechos fundamentales, Cuestiones constitucionales", Revista mexicana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), s/p, visible en el sitio web consultado el 15 de enero del 2016.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm>

²⁶¹ Ídem.

correcto funcionamiento del Estado, toda vez que proporcionan a la población la certeza o al menos la posibilidad de un desarrollo integral.

Sin embargo es imposible afirmar que los Derechos Humanos son absolutos bajo cualquier circunstancia, pues si bien el Estado debe observarlos en todo momento, también existen excepciones a los mismos entendida ésta no como una facultad discrecional de la autoridad, sino como facultad concedida por la propia Constitución a las autoridades para limitar y en todo caso restringir los derechos de ciertos individuos cuando estos se hallen en el supuesto de hecho que contempla la ley, "el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace en su esencia, referencia todo derecho fundamental".²⁶² Este último criterio indica que es en la norma fundamental, los tratados internacionales y las leyes secundarias donde se establecen los límites del ejercicio de los derechos fundamentales, mismos que deben ser interpretados en concordancia con los principios de los mismos y que hemos referido con antelación.

3.1.1. La Reforma constitucional en materia de Derechos Fundamentales.

La reforma constitucional del 10 de junio del 2011, importó la modificación del primer párrafo del artículo 1º al que se le adicionan dos párrafos referentes a la fuerza vinculante que tienen los instrumentos internacionales celebrados por México en materia de derechos humanos; en función de esta reforma, el título primero capítulo primero de nuestra Carta fundamental que pasa de llamarse "de las garantías individuales" al título de "los derechos humanos y sus garantías", ello "con la clara intención de abarcar más allá de un título meramente descriptivo o enunciativo, e incluir de forma expresa los derechos humanos y las herramientas jurídicas para lograr su respeto".²⁶³

²⁶² Ídem.

²⁶³ FERNÁNDEZ Hagggar, María Enriqueta, "Alcance de la interpretación conforme y el principio *pro personae* en materia de derechos humanos frente al contenido de la Constitución Federal en el Estado mexicano", artículo visible en la sección de transparencia y acceso a la información de la Suprema Corte de Justicia, consultado el 28 de julio del 2016.

Podemos destacar que esta reforma implicó dejar de lado interpretaciones jurisprudenciales que prohibían la aplicación de cualquier tipo de instrumento internacional cuando éste contradijera lo planteado por la normatividad interna. A partir de ese momento, el Estado mexicano se encontró obligado a otorgar los instrumentos necesarios para la protección de los derechos fundamentales sirviendo como límite exclusivamente los casos y condiciones planteadas expresamente por la Constitución.

Al respecto se puede inferir que los dos párrafos en referencia establecen un sistema formal para la interpretación de normas referentes a derechos humanos llamado “interpretación conforme”, y en razón del cambio de paradigma que implica, ha generado una gran cantidad de conflictos y contradicciones en nuestro sistema judicial, toda vez que la propia reforma obliga a todas y cada una de las autoridades nacionales para que en medida de sus facultades promuevan, protejan y garanticen los derechos fundamentales de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Los principios en comento han sido definidos por el Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, en su tesis número I.4o.A.9 K;²⁶⁴ partiendo del principio pro persona comprendido en el tercer párrafo del artículo primero de la Constitución Política. Por universalidad debe entenderse que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana, pues lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias; por ello, en razón de esta flexibilidad es que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona.

<https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/097maria-enriqueta-fernandez-haggar.pdf>

²⁶⁴ Época: Décima Época Registro: 2003350 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3 Materia(s): Constitucional Tesis: I.4o.A.9 K (10a.) Página: 2254 PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN.

Por cuanto a la interdependencia e indivisibilidad de los derechos fundamentales, implica que están relacionados entre sí; no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, pues deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente.

Finalmente, por progresividad de los derechos humanos, esta constituye el compromiso del Estado para adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales; así, este principio exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.

De tal manera, los principios antes referidos se definen como una “emanación de la comunidad estatal, se manifiestan a través de decisiones valorativas. En tal entendido, los derechos fundamentales son concebidos como normas éticas objetivas, fiel expresión del orden valorativo de la sociedad que se va expresando en normas legales y sentencias”.²⁶⁵

De forma concreta los cambios que se han presentado en el sistema jurídico mexicano, sin duda que han sido cuantiosos; en consecuencia referiremos algunos de ellos, especialmente los vinculados a nuestra investigación y estudio. En primer término se reconoce a nivel constitucional el acceso a los derechos humanos contemplados por los instrumentos internacionales celebrados por México, y este se compromete a instaurar los medios necesarios para que las personas puedan acceder a ello; se instaura formalmente la

²⁶⁵ LANDA, César. Op. cit.,

obligación de las autoridades para interpretar el marco normativo bajo el principio pro persona; se prohíbe la celebración de tratados que de alguna manera restrinjan los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución e instrumentos internacionales en esta materia.

Los derechos humanos se vinculan directamente hoy en día a el sistema penitenciario creando estándares mínimos en cuanto a la calidad de vida dentro de las cárceles, así como su funcionamiento y los lineamientos para que en verdad se trate de un sistema de reinserción social del hombre delincuente a la sociedad; punto que tiene gran relevancia para nuestro tema de estudio, toda vez que como lo hemos referido, uno de los principales problemas que tiene el sistema penitenciario es el hacinamiento en los centros de reinserción de acuerdo a los datos analizados en el capítulo II de este proyecto, aproximadamente la mitad de los internos están en espera de sentencia; esta situación ha sido señalada por diversos estudiosos como el origen de la mayoría de problemas que se presentan las cárceles, desde la obvia falta de recursos personales y materiales, hasta la violencia y corrupción, condiciones insalubres y, a fin de cuentas que no se cumplan los objetivos finales del propio sistema.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Juez mexicano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos define la cláusula de “interpretación conforme” como: una técnica interpretativa de los derechos y libertades reconocidas por la constitución son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales, incluyendo la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana en sus resoluciones; apunta el jurista que no se trata de la imposición de una norma internacional la Constitución, de un proceso hermenéutico de armonización que en algunos casos implica la inobservancia de la norma internacional por ser aplicable la Constitución del Estado por ser más benéfica para el individuo o grupo a quien se le va a aplicar. Este principio tiene estrecha vinculación con el -control difuso de constitucionalidad-, acto que debe ser efectuado por todas las autoridades mexicanas, consistente en un estudio de concordancia entre las normas internas e internacionales, especialmente la del Pacto de san José y la jurisprudencia de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, éste último considerado órgano de interpretación definitiva del Pacto.²⁶⁶

La resolución de la Corte Interamericana en el famoso caso del señor Rosendo Radilla es el parte aguas en progresividad de los derechos fundamentales en nuestro país, pues nuestro máximo tribunal se vio en la necesidad de acatar y decretar que las autoridades mexicanas en los tres órdenes y niveles de gobierno están obligadas a dictar sus resoluciones guiándose conforme a lo ordenado el Pacto de San José y las sentencias dictadas por la Corte Interamericana no solo en lo que corresponde a los puntos resolutivos sino de la totalidad de la resolución, pues se debe contemplar los criterios jurisdiccionales internacionales como un todo de acuerdo con los principios de universalidad e interdependencia de los derechos humanos.²⁶⁷

En cuanto a las resoluciones emitidas por el multicitado tribunal internacional en las que el Estado mexicano no fue parte de la Litis, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su resolución de rubro “Criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando el Estado mexicano no fue parte, son orientados para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1º constitucional”,²⁶⁸ ha determinado que “para seleccionar la disposición que más favorezca a la persona, las autoridades del país deberán “analizar todas las normas y criterios existentes, sean de fuente nacional o internacional... Lo anterior, sumado a lo dispuesto por el artículo 1 constitucional, obliga al gremio jurídico a llevar a cabo aproximaciones a los mandatos constitucionales de una manera integral”, refiriéndose a las normas positivas vigentes y la

²⁶⁶ FERNÁNDEZ Haggar, María Enriqueta. Op. cit.,

²⁶⁷ GUEVARA, B, José A. “*La prohibición de la aplicación retroactiva de la ley*”, P.1435. visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 22 de marzo del 2016. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/10.pdf>

²⁶⁸ CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Época: Décima Época Registro: 160584 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1 Materia(s): Constitucional Tesis: P. LXVI/2011 (9a.) Página: 550.

interpretación de autoridades jurisdiccionales nacionales e internacionales, cuando así se hubiere convenido por el Estado mexicano.

Es de tal importancia la labor que deben desempeñar las autoridades jurisdiccionales penales para lograr cumplir con los principios de interpretación conforme y control de constitucionalidad, que debe desempeñarse de manera oficiosa sin necesidad de petición de parte afectada; "...El control de constitucionalidad incluye el de convencionalidad y debe hacerse de oficio, lo que significa que todos los jueces, deben aplicar la Constitución, la jurisprudencia de la Suprema Corte, los tratados y los criterios jurisprudenciales internacionales relevantes. Ello significa que los jueces no deben esperarse a que alguien de las partes le solicite la invalidez o inaplicación de normas contrarias a las obligaciones en materia de derechos humanos, sino por el contrario hacer de manera directa, de oficio".²⁶⁹ Postura tomada por nuestro máximo tribunal en razón de lo ordenado por la propia Convención y la Corte Interamericana.

De acuerdo a criterios emitidos por la Suprema Corte, la interpretación conjunta del artículo 1° con el 133 de nuestra ley suprema, los jueces están vinculados para dar preferencia a los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales frente a las disposiciones inmersas en cualquier otra norma que las contradigan o restrinjan de cualquier manera, incluso para llegar al grado de invalidar alguna disposición interna, así "el Poder Judicial de la Federación en aplicación del control de directo (sic) de la Constitución y los tratados internacionales en donde se puede declarar la invalidez general de las normas o expulsarlas del ordenamiento jurídico mexicano –a través de la resolución de juicios de amparo, acciones y controversias constitucionales".²⁷⁰

En el caso Rosendo Cantú y otros, el caso Gomes Lund y otros; la Corte Interamericana ha sostenido el criterio de que todas las autoridades de los estados parte están obligados a llevar a cabo el control de convencionalidad; "cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos lo cual les obliga a velar porque los efectos de las

²⁶⁹ GUEVARA, B, José A. Op. cit., P.1431.

²⁷⁰ Ídem.

disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer -control de convencionalidad- *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.²⁷¹

3.1.2. Debido proceso como Derecho Humano.

Para poder hablar de la existencia de un Estado de derecho dentro de una sociedad, el Ministro de la Suprema Corte de Justicia, Arturo Zaldívar refiere que al menos deben presentarse ciertos elementos en el sistema normativo y de procuración, administración e impartición de justicia. El primero de ellos es la existencia de un marco Constitucional que supedite todos los órganos del Estado que a su vez contemple un catálogo de derechos mínimos para los habitantes; a modo de asegurar la vigencia de dicha norma fundamental, ésta debe contemplar una serie de requisitos estrictos para poder ser reformada.

De donde podemos observar que la norma constitucional debe contener una serie de instrumentos procesales administrativos y judiciales que aseguren a los individuos el acceso a los derechos que en la Constitución se reconocen. Finalmente el jurista mexicano considera que el sistema político debe regirse bajo parámetros de democráticos que faciliten el acceso y representación de todos los sectores de la sociedad,²⁷² principios contemplados por la propio estatuto Fundamental, tratados internacionales y normas secundarias federales

²⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Control de Convencionalidad*”, Cuadernillo de Jurisprudencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos Número 7, visible en el sitio web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultado el marzo del 2016.

<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

²⁷² Cfr. ZALDIVAR, Lelo de Larrea, Arturo, “*Estado de Derecho*”, Barra Mexicana de Abogados, Editorial Themis, visible en el sitio web del Colegio de Abogados A.C., consultado el 11 de enero del 2016.

http://www.sitios.scjn.gob.mx/arturozaldivar/sites/default/files/articulos_pdf/El-estado-de-derecho-y-la-justicia-constitucional.PDF

y estatales como lo hemos puntualizado en el capítulo anterior respecto a nuestra investigación.

El jurista García Ramírez en referencia a lo afirmado por Franz Von Liszt respecto a que el debido proceso constituye -un medio de controlar la razonabilidad de las leyes-, en función de que todos los actos de autoridad normativos, administrativos y judiciales “sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás que sean bienes constitucionalmente protegidos”.²⁷³ Así los principios y valores de la sociedad al estar plasmados en el marco normativo principal legitiman al Estado en función de que éste a través de las autoridades correspondientes actúa o debe actuar en beneficio de los integrantes de la sociedad.

Tales principios no solo reconocen derechos y prerrogativas de las personas, sino que también regulan el actuar de las autoridades para llevar a cabo sus funciones, de ahí que “de conformidad con el principio de legalidad, las facultades de las unidades u órganos administrativos deben ser conferidas de manera expresa por una disposición jurídica vigente en el cuerpo normativo emitido por la autoridad facultada para otorgar o delegar funciones”.²⁷⁴ En el caso que nos ocupa, la imposición de las medidas cautelares dentro del procedimiento penal es facultad absoluta de la autoridad judicial, del Juez Penal dentro de los procesos regulados por la normatividad inquisitiva-mixta y, por el Juez de Control en los procesos iniciados bajo la normatividad del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Así también observamos que cada una de las resoluciones emitidas por la autoridad jurisdiccional dentro del procedimiento penal deben adecuarse a los procedimientos anteriormente establecidos por el legislador en la norma procesal correspondiente; nuestra Carta Fundamental en el primer párrafo del artículo 16 lo expresa concretamente; de ese

²⁷³ GARCÍA Ramírez, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México 2012, Editorial Porrúa. P.197.

²⁷⁴ HUERTA Ochoa, Carla, et. al., *Teoría del Derecho, cuestiones relevantes*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2008, Instituto de Investigaciones Jurídicas, P.200., visible en el sitio web del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Tamaulipas, consultado el 31 de octubre del año 2016.

<http://stjtam.gob.mx/Cursos/libros/0000642.pdf>

modo “se entiende por debido proceso legal el conjunto de condiciones y requisitos carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder efectuar legalmente los derechos de los gobernados (lo que comprende) la exigencia de un proceso previo en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento; prohibición de tribunales especiales y leyes privativas; restricción de jurisdicción militar; derecho o garantía de audiencia; fundamentación y motivación de las resoluciones dictadas por autoridad competente”;²⁷⁵ por lo tanto, encontramos así en todos los procedimientos, especialmente en materia penal, el debido proceso implica el respeto a los derechos materiales de las personas.

Es claro que en ese sentido debemos entender a las normas procesales y las garantías inmersas en ellas como el instrumento que el Estado debe respetar y fortalecer para que los individuos miembros de la sociedad podamos ejercitar los derechos materiales reconocidos por la ley, tal como lo expresa el jurista Alonso Furelos: “No se olvide además el carácter imperativo y de orden público de las normas procesales y de las garantías que consagran muchas de ellas con relevancia constitucional y que la opción acentúa la dualidad de regímenes para procesos en curso. Tampoco olvidar que las normas procesales no crean derechos materiales sino garantías para su defensa”.²⁷⁶

Así lo postula la Teoría del garantismo procesal, “los derechos fundamentales son valiosos en la medida que cuentan con garantías procesales que permiten accionar no sólo ante los tribunales la tutela de los derechos fundamentales a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas: primero, que se asegure la tutela judicial efectiva de los ciudadanos y, segundo, que se garantice el debido proceso material y formal... la tutela judicial y el debido proceso se incorporan al contenido esencial de los derechos fundamentales como elementos del núcleo duro de los mismos”.²⁷⁷

²⁷⁵ GÓMEZ Lara, Cipriano, Op. cit., P.345.

²⁷⁶ ALONSO Furelos, Juan Manuel, “Efectos de la sucesión temporal de leyes iniciado el proceso (irretroactividad y retroactividad) (Segunda parte: Aspectos especiales)”, Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), número 15 año 2014, visible en el sitio web oficial de dicha universidad, consultado el 08 de junio del 2016. <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/14134/12697>

²⁷⁷ LANDA, César. Op. cit.,

En el plano internacional García Ramírez como Juez de la Corte Interamericana, en su voto razonado al referirse a los derechos y garantías dentro del debido proceso, definió que estas “son piezas necesarias de éste; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que éste exista y subsista”.²⁷⁸ Este criterio marcadamente progresista contemporáneo contempla las garantías del debido proceso penal como pieza esencial del mismo, llegando a afirmar que si estas son tan solo menguadas, no podemos hablar de un debido proceso, por lo que cualquier resolución que afecte a la persona producto de la desvaloración de la garantía procesal, debe ser considerada ilegal y en todo caso objeto de revocación por algún tribunal de alzada.

En cuanto a los derechos procesales reconocidos en los instrumentos internacionales, en tal caso la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha determinado que el debido proceso “se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos”;²⁷⁹ en el mismo sentido el jurista mexicano y entonces Juez de la Corte Interamericana, García Ramírez, afirmó que se “mira aquí de nueva cuenta, el apremio de contar con garantías –procesales- accesibles para proteger los derechos –materiales- proclamados en declaraciones y convenciones”.²⁸⁰ Estos criterios son muestra clara de la postura legalista de la Corte Interamericana y del paradigma moderno en cuanto a derechos humanos, que pugna por colocar a las garantías procesales como pieza fundamental para lograr el ejercicio de los derechos materiales reconocidos por la Constitución y especialmente por los instrumentos internacionales.

Sobre estas bases, el derecho anglosajón hace uso el término de juicio justo acuñado del *fair trail* proveniente del derecho común no es utilizado tan frecuentemente en nuestro sistema judicial pues a pesar de que la justicia implica el valor axiológico supremo del sistema judicial, no existe una definición universal de la justicia, sin embargo doctrina de la

²⁷⁸ GARCÍA Ramírez, Sergio, *El debido proceso*, Op. cit., P.23.

²⁷⁹ *Ibidem.*, P.22.

²⁸⁰ *Ibidem.*, P.9.

Corte Interamericana sintetiza esa definición en que el juicio justo “responde adecuada y cabalmente a la naturaleza del referido derecho, en cuanto se refiere a un conjunto de normas plasmadas en el derecho positivo y cuyo propósito es, precisamente, asegurar la justicia, equidad y rectitud de los procedimientos judiciales”.²⁸¹

Sin embargo nuestro sistema jurídico inspirado en el desarrollo del Derecho como concepto desligado de la moralidad, no aspira al acceso a la justicia pues lo considera como un anhelo ideal que no satisface las necesidades sociales del mundo real, precisamente por ello se deposita nuestra confianza en la legalidad de la actuación de la autoridad, entendida esta como “un valor que es más gris, que es más modesto y que es el valor de legalidad, no el de justicia; el valor legalidad es una cosa más concreta, más asible, porque es simplemente llevar la solución, es decir, llevar la sentencia al principio de que esté apegada a derecho, nada más”.²⁸²

En ese orden de ideas en el *common law* se reconoce al debido proceso como una “garantía con sustrato constitucional del proceso judicial, definida por un concepto que surge del orden jurisprudencial y de la justicia que respaldan la legitimidad de la certeza del derecho finalmente determinados por su resultado”.²⁸³ Así la actuación de la autoridad jurisdiccional debe guiarse bajo los principios de justicia que se encuentran inmersos en la Constitución, por lo que a fin de cuentas los sistemas legales modernos necesitan la positivización de los valores a que aspira el funcionamiento no solo del sistema judicial, sino de todo el actuar de las autoridades estatales.

Por lo anteriormente señalado, podemos conceptualizar al debido proceso más allá de la obligación de la autoridad para –fundar y motivar sus actuaciones- como una simple definición formalista en la praxis judicial; a partir de este momento entendemos que el debido proceso conlleva un sinnúmero de garantías para los individuos e incluso para las propias autoridades en función de que su esfera de actividad no sea invadida por otra autoridad incompetente. Al trasladar este concepto a nuestra hipótesis que es si la imposición de una

²⁸¹ *Ibidem.*, P.16.

²⁸² GÓMEZ Lara, Cipriano, *Op. cit.*, P.352.

²⁸³ *Ídem.*

medida cautelar privativa de la libertad como la prisión preventiva oficiosa vulnera los derechos del individuo toda vez que existe una normatividad constitucional, que si bien no había entrado en vigor cuando el hecho por el que se juzga fue cometido, afecta enormemente los intereses de la persona al grado de que pueda ser considerada una vulneración al principio de legalidad, encontramos una serie de razonamientos que nos indican que en efecto el criterio de nuestro máximo tribunal no se apega al principio de progresividad de las leyes y pro persona establecidos por la propia Constitución mexicana.

3.1.3 Principios procesales.

Una vez que hemos entendido la importancia y el alcance de la interpretación del debido proceso, pasaremos a estudiar cuales son los principios específicos del debido proceso legal que son vulnerados al no aplicar retroactivamente la ley a favor del reo en materia de prisión preventiva oficiosa. Partimos que los principios procesales reconocidos por la doctrina italiana son básicamente: 1) el principio jurídico de proceso 2) el principio político de proceso y; 3) finalmente el principio económico de proceso.

El principio jurídico consiste en la igualdad de las partes en el proceso, lo que implica imparcialidad del juzgador y equidad de las partes en cuestión de alegatos y pruebas. El principio político se refiere al choque entre los intereses particulares y los del Estado especialmente en procedimientos penales, fiscales y administrativos, y al criterio que debe observar la autoridad en cuanto a causar obtener el máximo beneficio social, causando el mínimo daño individual. El principio económico se refiere a dos puntos, la economía procesal per se, entendida como el ahorro de recursos materiales dentro del procedimiento penal y; como el costo social del proceso en cuanto al desgaste para el conjunto social.

Si pasamos por tela de juicio la disposición que prohíbe la aplicación del texto constitucional reformado a los casos iniciados con anterioridad a la declaratoria de entrada en vigencia del sistema acusatorios, podemos observar que la misma no respeta cabalmente los principios procesales desarrollados por la dogmática italiana, pues en primera instancia dicha disposición puede considerarse violatoria del principio de igualdad, toda vez que permite por no decir que obliga a la autoridad judicial a juzgar a los individuos mediante

leyes diferentes, es decir, a una persona que presuntamente cometa determinada conducta ilícita en el lugar donde no ha entrado en vigor la ley procesal acusatoria se le ha de juzgar mediante una ley procesal considerada anacrónica que respalda un procedimiento lento, oscuro y que no garantiza su derecho de audiencia, ello respecto de otro individuo a quien se le adjudique la misma conducta, con la salvedad que este se cometió en lugar donde ya ha sido declarada la entrada en vigor de la reforma constitucional, esto se plantea en situación anterior al 18 de junio del 2016.

En cuanto al principio político del proceso, ocurre algo parecido, pues a persona a quien se le juzgue por la comisión de algún delito considerado grave y merecedor de prisión preventiva oficiosa por la legislación inquisitiva-mixta, no puede obtener los beneficios de la fórmula de máximo beneficio social a costa del menor daño individual característica del sistema acusatorio, sino todo lo contrario, pues en casos de delitos que actualmente no son considerados graves por la Carta Fundamental, el inculcado sin tener derecho de audiencia será aprisionado preventivamente mientras se determina su culpabilidad en proceso penal. Finalmente el principio económico pugna por que el procedimiento penal provoque el menor desgaste social, lo que en el caso de estudio no ocurre toda vez que como lo hemos referido en el capítulo anterior, el desgaste que sufre el sistema judicial y penitenciario, así como el procesado y su propia familia son enormes comparados con los beneficios que genera su reclusión provisional.

Actualmente entendemos al principio jurídico de igualdad como uno de los derechos fundamentales materiales reconocidos por nuestra Constitución, y que si lo contemplamos como una obligación estatal y no una conducta particular, llegamos a la conclusión de que el mismo es pieza fundamental del debido proceso, ya que “la evidente desigualdad que puede existir en muchos casos, derivada de las condiciones generales de un grupo de personas o de las particulares de ciertos individuos para que exista un debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.²⁸⁴

²⁸⁴ GARCÍA Ramírez, Sergio, *El debido proceso*, Op. cit., P.40.

El jurista Alonso Furelos refiere desde una perspectiva garantista que en los casos en que existen dos normas procesales (la vigente para los procesos abiertos, y la vigente para los procesos posteriores), y cuando estas normas se rigen bajo los mismos principios, la interpretación del principio de legalidad se ha distorsionado, pues vulnera el principio de igualdad ante la ley de los individuos, pues se les juzga mediante leyes diferentes una menos aflictiva que la otra “esta duplicidad procesal puede ser muy desigual... debería ser más garantista que la anterior por lo que respecta a las garantías constitucionales del proceso penal”.²⁸⁵

Así pues se robustece su argumento en el sentido de que “la propia finalidad de las leyes procesales que es el respeto a las garantías constitucionales del proceso encaminadas al logro de la tutela judicial efectiva”.²⁸⁶ Por ello debemos considerar las garantías procesales como pieza fundamental de un Estado democrático de derecho que verdaderamente pugne por brindar a los gobernados los beneficios del paradigma moderno de los derechos humanos, mismas que deben hacerse valer irrestrictamente ante un Tribunal profesional, imparcial y eficiente creado con anterioridad a los hechos que se le adjudican al procesado.

3.1.4. Administración de justicia.

Una vez que reconocemos la importancia del debido proceso dentro de nuestro sistema jurídico como el instrumento para garantizar el acceso al catálogo de derechos reconocidos por nuestra constitución, Sergio García Ramírez entiende a las normas procesales que denomina debido proceso adjetivo, cuya precisa formulación y aplicación es pilar de la administración de justicia en un Estado democrático moderno; refiere el jurista que “el derecho de plantear contiendas, probar hechos, y las razones y alegar en defensa de las correspondientes pretensiones; material, como derecho a obtener una sentencia favorable a

²⁸⁵ ALONSO Furelos, Juan Manuel, “*Efectos de la sucesión temporal de leyes iniciado el proceso (irretroactividad y retroactividad) (Primera parte: Aspectos particulares)*”, Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), número 14 año 2014, visible en el sitio web oficial de dicha universidad, consultado el 08 de junio del 2016. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20150408_03.pdf

²⁸⁶ *Ibidem*, P.52.

las pretensiones justas”.²⁸⁷ Se dice, asimismo, que el derecho al debido proceso y una efectiva tutela judicial comprenden tres aspectos.

En primer lugar, el derecho al acceso real, libre, amplio irrestricto al órgano jurisdiccional, a efecto de satisfacer determinadas pretensiones; en segundo lugar, al derecho a que la atención de las pretensiones se desarrolle conforme a las reglas del debido proceso, es decir, según las normas vigentes y los estándares aceptados como necesarios para hacer posible la eficacia del derecho; y en tercer lugar, el derecho a la efectividad de la sentencia, es decir, a que la decisión final sea susceptible de ser aplicada”.²⁸⁸ Lo anterior engloba los principios que deben regir al sistema de administración, procuración e impartición de justicia de una sociedad, primando el acceso al tribunal de justicia que atienda las pretensiones del individuo, seguido por un sistema normativo que regule el procedimiento y concluyendo con la existencia de medios que garanticen la ejecución de la resolución que se dicte dentro del procedimiento.

Así las cosas, desde un enfoque antropológico “El concepto acceso a la justicia no constituye una categoría lógico jurídica, sino que es una noción histórico ideológica y por lo tanto contingente, que por su propia naturaleza va variando, no solo de un sistema jurídico a otro, sino de determinadas materias jurídicas entre sí, es decir, desarrollándose en un modelo en la posmodernidad de competencias en un mismo sistema es más un concepto ideológico y sociológico y se centra en la preocupación de que los justiciables puedan llegar a ser oídos y atendidos eficazmente por los órganos de impartición de justicia, sin dilaciones, sin trabas burocráticas, sin candados ni obstáculos económicos”.²⁸⁹

De esa manera debemos entender este derecho más allá del campo meramente jurídico, dada la trascendencia que tiene en la conciencia colectiva de este derecho donde reside la sensación social de seguridad jurídica.

El jurista Gómez Lara al hablar del cambio de paradigma en el acceso a la justicia, refiere que antes “el acceso a la justicia era formalmente igualitario, fríamente igualitario,

²⁸⁷ GARCÍA Ramírez, Sergio, *El debido proceso*, Op. cit., P.41.

²⁸⁸ *Ibídem*, P.11.

²⁸⁹ GÓMEZ Lara, Cipriano, Op. cit., P.353.

pero no de hecho. Esta concepción fue característica de toda una larga y penosa época en la que la academia no se preocupaba por las realidades del sistema judicial. Había un alejamiento total de las realidades sociales y un encasillamiento en construcciones formales y abstractas, con frecuencia divorciadas de la realidad”.²⁹⁰ Esta afirmación retoma un fenómeno que hemos venido manifestando y que es que por un lado el marco normativo contempla un sin fin de derechos para la población, sin embargo en la actividad jurisdiccional estos son vistos como prerrogativas que pueden ser limitadas o restringidas por causas formalistas en la interpretación de la ley; es por ello que actualmente se pugna por trasladar las interpretaciones más legalistas al campo de la práctica judicial que favorezcan un verdadero acceso a la legalidad y un mejor desarrollo social a través del sistema judicial.

Entonces es menester considerar el acceso a la impartición de justicia como una necesidad que no puede ser restringida por la Constitución y aún menos por la autoridad, pues este constituye “un dato indispensable en el enjuiciamiento acusatorio moderno, garantía de libertad, defensa y justicia al respecto logramos entender que la Corte Interamericana ha sostenido que en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para que –exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos”.²⁹¹

Una vez referido lo anterior es momento de aplicar los conocimientos en materia de administración, procuración e impartición de justicia a nuestro tema de estudio, así tenemos que uno de los mayores cuestionamientos planteados en este proyecto es si la oficialidad en la imposición de la prisión preventiva contraviene el derecho de audiencia consagrado en la Constitución.

Al respecto partimos del punto de que antes de la reforma constitucional penal del año 2008, la prisión preventiva oficiosa no estaba considerada como tal en la norma fundamental pues facultaba a los congresos locales para determinar los ilícitos considerados como graves y sus consecuencias dentro del proceso penal; lo que por tradición se

²⁹⁰ Ídem.

²⁹¹ GARCÍA Ramírez, Sergio, *El debido proceso*, Op. cit., P.41.

consideró como una permisión para que los congresos locales establecieran un catálogo de delitos indiscriminadamente considerados como graves y cuyas consecuencias en primer término era la prohibición de cualquier medida cautelar distinta a la prisión preventiva, incluso sin derecho alguno para poder debatir dicha medida, es decir, al individuo procesado por determinado delito considerado como grave por la legislación procesal local se le niega *ex ante* por la propia norma el derecho a ser oído por la autoridad jurisdiccional, quien mecánicamente y sin necesidad de entrar al estudio del caso particular estaba obligado a imponer prisión preventiva al imputado durante la tramitación del proceso; relevando así a la parte acusadora de la necesidad de acreditar los extremos de sus pretensiones en clara contravención a uno de los principios generales del derecho que afirma “incumbe al demandante la carga de alegar y probar los hechos sobre los cuales funda su demanda quien no satisface la carga de la prueba que sobre él recaiga soporta el riesgo de falta de prueba y desistimiento de sus pretensiones”.²⁹²

De acuerdo a criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el individuo debe tener un medio de defensa jurisdiccional que resuelva la licitud de la prisión preventiva; así mismo el ordenamiento debe prever estos medios de impugnación y asegurar su efectividad pues no basta la existencia formal de dichos recursos. En la sentencia dictada por la Corte en el caso de Cesti Hurtado vs Perú, se resuelve que la inexistencia o falta de efectividad de los recursos contra las violaciones de derechos humanos constituye una trasgresión por parte del Estado, pues el recurso debe ser idóneo para saber si se ha incurrido en una violación “ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica; porque el Poder Judicial carezca de la independencia para decidir con imparcialidad o porque falten medios para ejecutar sus decisiones”.²⁹³

²⁹² GÓMEZ Lara, Cipriano, Op. cit., Pp.347-348.

²⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Abrill Alosilla y otros Vs. Perú*, ficha técnica visible en el sitio web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultado el 12 de mayo del 2016.

http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=346&lang=es

En tal caso la sentencia de la Corte hace patente que nuestras autoridades jurisdiccionales no obran erróneamente por voluntad propia, sino que carecen de los medios necesarios para determinar una medida cautelar diversa a la prisión preventiva y si fuese procedente el inculpado pueda gozar de su libertad mientras se ventila el proceso penal en su contra, ello por disposición constitucional que prohíbe la aplicación de los principios punitivos –modernos- a procedimientos iniciados durante la vigencia de una normatividad procesal anticuada.

A lo anterior debemos agregar la problemática existente en cuanto a la capacidad estatal para resolver los juicios planteados dentro del término legal. Afirma Sergio García Ramírez que el principio de celeridad procesal tiene por objeto el cumplimiento del plazo razonable para la procuración y administración de justicia; derecho contemplado en el artículo 7.6 de la Convención Americana, pues la resolución en caso de medidas privativas de libertad el asunto debe ser dictado por el Juez o autoridad competente sin demora, lo que en el caso no ocurrió pues a criterio de la propia Corte Interamericana el término de 21 días resultó ser excesivo.²⁹⁴ Al aterrizar esto a la realidad mexicana, nos encontramos que prácticamente en ningún caso se cumple con el término fijado por la Constitución para resolver los procedimientos penales, problemática que se empeora en razón del aumento en la tendencia criminal y que ha generado un terrible problema de hacinamiento carcelario en nuestros Centros de reinserción Social.

Así pues, la Corte Interamericana ha adoptado diversos criterios emanados de la Corte Europea en razón del aventajado desarrollo en materia de derechos humanos; así respecto al término de la autoridad jurisdiccional para dictar su sentencia, la Corte Interamericana ha determinado tres elementos para resolver acerca del plazo razonable. El primero de ellos atiende a la complejidad del asunto, dentro de lo que se debe considerar la cantidad de imputados, el tipo penal de que se trate y la gravedad de las circunstancias que envuelven el hecho que por el que se juzga; el segundo elemento atiende a la actividad procesal del indiciado, dentro de lo que podemos resaltar la cantidad de pruebas ofrecidas por la defensa así como su pertinencia. Finalmente debemos atender a la conducta de las

²⁹⁴ GARCÍA Ramírez, Sergio, *El debido proceso*, Op. cit., P.50.

autoridades judiciales, dentro de lo que se destaca los plazos fijados para el desahogo de las pruebas y conocer si en el caso de diferimiento en para su desahogo se debe a causas imputables a la autoridad.²⁹⁵

3.2. El Derecho a la Libertad.

No debe pasar desapercibido la trascendencia de estudiar como la prisión preventiva oficiosa restringe los derechos fundamentales de los individuos sujetos a ella, especialmente bajo la perspectiva moderna en materia de derechos humanos, de acuerdo a la que todas las disposiciones normativas que los contengan deben ser interpretadas de acuerdo a los principios de universalidad, progresividad, interdependencia e indivisibilidad.

Veámoslo tomando como desarrollo el planteamiento de nuestra investigación un estudio del derecho fundamental a la libertad personal citando los criterios que a ella se refieren y las disposiciones referentes a sus limitantes

El Derecho a la libertad personal al igual que todos los derechos humanos encuentran su fundamento en la dignidad humana que es el principio rector de los Derechos Humanos, "... la libertad es connatural a la persona. Con plena conciencia de esta naturaleza, el Estado no hace más que reconocer dicha calidad humana, salvaguardándola a través de diversas normas jurídicas a la vez que hace compatible la libertad de los demás";²⁹⁶ definición general de este derecho pues abarca desde la libertad de expresión hasta la libertad de asociación, política y demás, motivo por el cual no existe fundamento legal ni legítimo que impida a las personas su ejercicio. La libertad es definida como "el derecho que tiene un individuo a impedir toda injerencia no deseada en el devenir físico de su existencia. Entendido como el derecho a la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención u otras similares que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de gozar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones

²⁹⁵ *Ibíd.*, Pp. 66 y 67.

²⁹⁶ Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de justicia de la Nación, Op. cit. ,P.VII

y convicciones”;²⁹⁷ esta definición nos remite a la libertad personal que es aquella que se restringe mediante el procesamiento penal y en todo caso con la imposición de la pena.

3.2.1. Libertad Personal.

Hablando específicamente de la libertad personal, existen tres presupuestos principales que esta posee: A) es una prerrogativa inherente a la persona, pues su titularidad solo se supedita a la existencia de la persona. B) permite a su titular moverse y actuar de acuerdo con su propia voluntad; este derecho se vincula con diversas actividades humanas que solo pueden manifestarse mediante acciones corporales materiales que expresan la voluntad de la persona. C) Protege a la persona contra detenciones o cualquier otra medida ilegal o arbitraria que restrinja su autonomía física; es decir, existen medios legítimos y legales que protegen a la persona en su derecho a la libertad.²⁹⁸

3.2.2. Marco Legal.

Ahora bien, la relevancia del derecho a la libertad personal es enorme dada la serie de derechos que se vulnerarían si ésta es restringida de alguna manera, ante tal situación el Constituyente optó por regular dicha figura en varios apartados de la Constitución; así tenemos que esta es en primera instancia es contemplada en el diverso 16 de nuestra Carta Fundamental que prohíbe actos de molestia, y establece las formalidades mínimas para librar orden de aprehensión y protocolo de custodia de la persona detenida; así mismo contempla la facultad de cualquier persona para detener en flagrancia a algún individuo; la facultad del Ministerio Público para ordenar detención; el hecho de que el arraigo pueda fijarse a petición del fiscal y; término máximo de 48 horas para retención por parte del Ministerio Público.

El artículo 17 de nuestra normatividad constitucional establece la prohibición de prisión por deudas de carácter civil; el diverso 18 que ordena que la prisión preventiva sólo procede por delito que merezca pena de prisión. Por su parte el numeral 19 fija el término

²⁹⁷ BANACLOCHE Palao, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y restricciones en el derecho español*, Madrid 1996, McGraw-Hill, Pp.54, 55.

²⁹⁸ Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de justicia de la Nación, Op. cit., P.14.

de 72 horas para detención ante autoridad judicial y facultad de duplicar dicho término a petición de la defensa; así mismo establece el pilar de nuestro tema de investigación respecto de la prisión preventiva oficiosa; y finalmente la prohibición de malos tratos o tortura dentro de las prisiones. Por su parte el artículo 20 establece el principio de presunción de inocencia; la prohibición de incomunicación, intimidación o tortura y; el término máximo de duración del proceso penal es de 4 meses y un año dependiendo de la sanción que tenga contemplada el delito por el que se procese.

A nivel internacional, los instrumentos que contemplan el derecho fundamental a la libertad personal constituyen los ejes rectores en materia de derechos humanos; como lo referimos en el capítulo II de esta investigación, la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, contienen similares disposiciones en cuanto se trata al estricto respeto del derecho de libertad que deben observar los Estados parte dentro de sus procedimientos judiciales y específicamente penales.

3.2.3. Restricción al Derecho de Libertad.

La restricción al derecho a la libertad persona está contemplada formalmente en el propio diverso 16 constitucional supra citado y de manera dispersa en los instrumentos internacionales referidos. La justificación para que la autoridad limite este derecho reside en el bien común, ya lo expresa la propia Suprema Corte al afirmar que “el poder que corresponde a todo individuo de ejercer y desarrollar su actividad física, intelectual y moral, sin que el Estado pueda someterle a otras restricciones que las necesarias para proteger la libertad de todos”²⁹⁹; definición elaborada a partir de los conceptos creados por Alejandro Rosales Estrada y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal hoy Ciudad de México citada por la edición de la Suprema corte de Justicia de la Nación, y

²⁹⁹ *Ibidem.*, P.28.

reconoce a la libertad como derecho supremo del hombre sin dejar de observar que esta debe limitarse al respeto de derechos de terceros y de la sociedad en general.

El marco legal contempla límites para el ejercicio de la libertad personal de las personas, estos se contemplan dentro de las siguientes figuras esencialmente, la detención, la aprehensión, las medidas cautelares, las medidas de seguridad y la pena de prisión. Es importante saber en qué consiste la necesidad de la existencia de estas medidas restrictivas de la libertad; “-necesarias-, sin ser sinónimo de -indispensables-, implica la -existencia de una necesidad social imperiosa- y que para que una restricción sea -necesaria- no es suficiente demostrar que sea -útil-, -razonable-, u oportuna-. Esta conclusión sugiere que la -necesidad- y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido”.³⁰⁰ Así pues, las autoridades administrativas y jurisdiccionales que impongan alguna de estas medidas restrictivas de la libertad deben motivar su resolución en el bien social y en el caso de las medidas de seguridad, el fundamento puede ser el de la protección del incapaz.

De acuerdo con la publicación de nuestro máximo tribunal,³⁰¹ la legalidad de la privación de la libertad abarca dos aspectos; el material o sustantivo que se refiere a que esta restricción debe estar contemplada en una norma vigente, que refiera explícitamente una excepción al principio de presunción de inocencia; por su parte el aspecto formal o procesal, como su nombre lo indica, se refiere al apego de la decisión a la norma procesal vigente. A efecto de tener por satisfecho este requisito no basta con que el supuesto de privación de la libertad esté previsto en la ley, sino que es necesario también que tanto ésta, como la conducta de los agentes que la aplican, sean materialmente razonables.

³⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión consultiva OC-5/85, de fecha 12 de noviembre de 1985, citada por la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de justicia de la Nación; Derecho a la libertad personal, Serie Derechos Humanos, México 2014. P.35.

³⁰¹ Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de justicia de la Nación, Op. cit., P.28.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos refiere que para restringir la libertad la autoridad debe cumplir con los siguientes requisitos: “A) Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que ésta ha sido permitida. B) Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a –razones de interés general- y no se aparten del –propósito para el cual han sido establecidas y; C) que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas”.³⁰² Requisitos que están contemplados de manera muy similar en nuestro sistema jurídico a través de la famosa expresión –fundar y motivar- los actos de autoridad; sin embargo si repasamos lo ordenado por cada uno de los instrumentos internacionales estudiados en el capítulo que antecede, podremos observar que existen algunas normas mucho más estrictas para que la autoridad pueda decretar la prisión preventiva y el cumplimiento de las condiciones que deberán tener los internos bajo esta medida.

Tal y como lo hemos venido planteando, a partir de la reforma procesal penal del 2008, el artículo 19 de constitucional establece el catálogo de delitos por los cuales el Juez debe dictar prisión preventiva oficiosamente a los imputados en una causa penal; facultad que antes pertenecía a las legislaturas locales y federal en esta materia, lo que dio origen a catálogos prácticamente irrestrictos de delitos por los que procedía dicha medida cautelar y consecuentemente un enorme nivel de hacinamiento en los centros penitenciarios de todo el país.

Actualmente la prisión preventiva oficiosa como medida restrictiva de libertad procede exclusivamente por los delitos de 1) delincuencia organizada, 2) homicidio doloso, 3) violación, 4) secuestro, 5) trata de personas, 6) delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como 7) delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, detallados en el capítulo que antecede; desafortunadamente los principios que se derivan de esta disposición fueron inobservados por nuestras autoridades jurisdiccionales hasta en tanto no se declaró la entrada en vigor de la reforma constitucional penal en cada uno de los distritos y

³⁰² *Ibidem.*, Pp.36-38.

circuitos judiciales de la república, impidiendo que miles de procesados tengan acceso a dicha disposición y por ende a su libertad personal.

Al respecto, se puede señalar que la Corte Interamericana en sus resoluciones ha establecido un criterio respecto a lo ordenado por el artículo 7 puntos 2 y 3 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que se refieren a la prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios; de esa manera determina que el aspecto material de la norma consiste en la prohibición de actos arbitrarios que vulneren la libertad del individuo, mientras que el aspecto formal consiste en los procedimientos que hagan efectiva esta prohibición, en este caso “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”.³⁰³

En los casos Acosta Calderón, caso Tibi, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury y otros, la Corte Interamericana ha determinado que a pesar de que la detención o el encarcelamiento determinado por la autoridad competente se encuentre previsto en la norma procesal aplicable, este puede reputarse como incompatible con los derechos fundamentales establecidos en la Convención por ser irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.³⁰⁴ De esa manera tenemos que los requisitos meramente formales no es el único parámetro para determinar la legalidad en la privación de la libertad, sino que también es necesario que la autoridad en ejercicio de su función capacidad discrecional valore aspectos como la proporcionalidad y la razonabilidad de la medida en el caso concreto; de ahí que la imposición de la prisión o cualquier medida restrictiva de la libertad no debe ser impuesta mecánicamente por la autoridad especialmente cuando los beneficios que se pretendan conseguir con ésta, también puedan ser alcanzados por otros medios.

³⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gangaram Panday vs Surinam, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 21 de enero de 1994*, serie C No.16; *Caso Suárez vs Ecuador*, fondo, sentencia de 12 de noviembre de 1997, visible en el sitio web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultado el 15 de mayo del 2016. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf.

³⁰⁴ GARCÍA Ramírez, Sergio, *El debido proceso*, Op. cit., P.50.

3.3. Sistema y Orden Jurídico.

Para entender la validez temporal de las normas y como esto repercute en la interpretación retroactiva de la ley es recomendable partir de la distinción entre lo que es el sistema y el orden jurídico. Carla Huerta nos refiere la diferencia que establece Bulygin que para distinguir entre sistema y orden jurídico “un sistema dinámico de normas no es un conjunto de normas, sino una secuencia de conjuntos; en cada momento temporal el conjunto de normas que pertenecen al sistema es distinto. El orden jurídico puede ser concebido como cada uno de esos conjuntos de normas vigentes en un momento específico, identificando de esta manera las disposiciones aplicables a un caso dado”.³⁰⁵

Por lo tanto una de las características del sistema jurídico es su naturaleza dinámica, se refiere a la regulación de hechos futuros y en ocasiones hacia el pasado. Por su parte el orden jurídico se refiere al conjunto de normas cuya vigencia es simultánea en determinado momento; de modo que la autoridad competente para resolver, acatando los principios de legalidad y seguridad jurídica, deberá resolver si alguna norma que integra el sistema jurídico es factible de ser usada para resolver un caso concreto³⁰⁶. En tal orden de ideas, para Von Wright las normas se integran por seis elementos: carácter, contenido y condición de aplicación, que constituyen el núcleo normativo, es decir, la estructura lógica que las normas jurídicas tienen en común y; por otra parte las características específicas de las normas jurídicas que son el sujeto (normativo), la autoridad que las emite y la ocasión.

El carácter se refiere al tipo de deber que califica el acto o acción que contempla (prohibición o permisión); como lo hemos referido, los artículos transitorios se dirigen a la autoridad para establecerle determinada obligación en función de la aplicabilidad de otras normas jurídicas. Así también, por contenido Von Wright se refiere a lo que ordena la

³⁰⁵ HUERTA Ochoa, Carla, et. al., *Teoría del Derecho, cuestiones relevantes*, Op. cit., P.179.

³⁰⁶ HUERTA Ochoa, Carla et. al, *Artículos transitorios y derogación*, Boletín Mexicano de Derecho comparado número 102, revista jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), P. 826. consultado el 9 de mayo del año 2016.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/102/art/art5.htm>

norma, que en el caso de los artículos transitorios es la vigencia de aplicación de la norma que puede o no considerarse exigible.

Por lo que a la condición de aplicación se refiere a aquello que tiene que acontecer para que sea exigible la aplicación de determinada norma, en el caso de los artículos transitorios se refiere al plazo o condición que se establece para su entrada en vigor. El sujeto se refiere a aquél a quien van dirigidas las normas, que en el caso de los artículos transitorios hablamos de la autoridad que deberá o no aplicar determinada norma. La ocasión nos refiere a las circunstancias en que la norma ha de realizarse y; finalmente la autoridad se refiere al órgano estatal legitimado para emitir determinada norma.³⁰⁷ Estos datos nos servirán adelante cuando estudiemos las características de los artículos transitorios y de la operatividad de las normas en el tiempo y de acuerdo a la materia y características de la misma.

No obstante lo anterior, encontramos que la distinción entre sistema jurídico y orden jurídico nos permitirá hacer un estudio de la retroactividad en función a la pertenencia de la norma de acuerdo a su temporalidad, la que determina su pertenencia a uno u otro orden jurídico “permite comprender la movilidad en el tiempo de las normas a partir de la determinación de la vigencia y la validez de la norma, así puede comprobarse su obligatoriedad y evitar una indebida aplicación de normas”.³⁰⁸ La distinción entre sistema y orden jurídicos en los términos de su operatividad como diacrónico y sincrónico respectivamente, es posible aceptar la coexistencia de normas vigentes y derogadas; “la manera en que las normas jurídicas funcionan solo puede ser entendida a partir de la operatividad del propio sistema jurídico. Para ello es necesario analizar su dinámica; así, utilizando el criterio temporal, pueden diferenciarse diversos conjuntos de normas obligatorios en momentos distintos el funcionamiento del sistema jurídico se encuentra en

³⁰⁷ HUERTA, Ochoa, Carla, “*Sobre la validez temporal de las normas. la retroactividad y ultraactividad de las normas en el sistema jurídico*”, Pp. 275-277, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 28 de mayo del 2015.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/FilosofiaDerecho/1/ar1/ar19.pdf>

³⁰⁸ HUERTA Ochoa, Carla et. al., *Artículos transitorios y derogación*. Op. cit., P.823.

su naturaleza dinámica”.³⁰⁹ De tal manera que el principio de retroactividad de la ley obedece a diversos factores en función de que el sistema jurídico sea operativo y responda a las necesidades sociales.

3.3.1. Vigencia de la Ley.

Una vez que hemos precisado las características de las normas dentro del sistema y el orden jurídico, así como su posibilidad para ser objeto de aplicación material, pasaremos a estudiar cuando una norma “ingresa” al sistema jurídico, es decir, cuando el mandato es reconocido por la colectividad y es viable de ser aplicado por la autoridad. A esta figura la doctrina jurídica la denomina vigencia normativa y la condición que permite a la norma producir consecuencias jurídicas; es condición de validez de la norma; ocurre únicamente después de la culminación del proceso de producción de la norma con la publicación, una vez que se cumple el plazo o condición para que sea exigible.³¹⁰

En el caso que nos ocupa la vigencia de las normas constitucionales reformadas en el 2008 entraron en vigencia a partir del pasado 18 de junio del 2016 en todo el país tanto en el fuero federal como en el fuero común; sin embargo no son pocas las voces que afirman que nuestro sistema de administración de justicia aún no está listo para afrontar dicha transformación procesal. Al respecto Bulygin afirma que la vigencia consiste en la disposición de la norma de ser aplicada, por lo que podríamos decir que sólo es posible o potencial, mas no necesaria,³¹¹ lo que implica que no siempre que se hubiere cumplido el plazo o condición dispuesto por la norma, ésta será aplicada por la autoridad, sino que la vigencia es un presupuesto de la aplicabilidad de la misma que a su vez depende de otros factores.

Dicho de otra manera, “la vigencia es condición de efectivación de la eficacia, aunque la plenitud de ésta, tratándose de norma constitucional, no en vano, dependa de otras normas integrativas. La Constitución, y así las leyes en general, contiene una cláusula

³⁰⁹ HUERTA Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho, cuestiones relevantes*, Op. cit., P.178.

³¹⁰ HUERTA, Ochoa, Carla, “*Sobre la validez temporal de las normas. la retroactividad y ultraactividad de las normas en el sistema jurídico*”. Op. cit., P.285

³¹¹ Ídem.

de vigencia; cláusula que determina el momento en que ella comenzará a entrar en vigor y con eso volverse apta para producir efectos propios de su contenido”.³¹² La cláusula inserta en la norma a que se refiere el autor si bien es parte de la misma norma, una vez que cumple su cometido pierde toda vigencia; esta disposición se inserta en los llamados artículos transitorios que estudiaremos Infra indicados, dado que la disposición objeto de nuestro tema de estudio es precisamente una norma transitoria.

Se debe entender perfectamente que es importante conocer el fenómeno jurídico que ocurre entre la publicación de una ley y su entrada en vigor, por lo que la teoría jurídica denomina *vacatio legis* al periodo que parte de la publicación de una norma, hasta el cumplimiento del plazo o condición señalado por los artículos transitorios de esta; ello con dos finalidades, la primera es la publicidad de la nueva disposición y el mejor conocimiento de la misma por parte de la sociedad, y la segunda finalidad se refiere a que las autoridades encargadas de su aplicación estarán en mejores condiciones prácticas para desplegar su actividad.³¹³ De tal manera la *vacatio legis* de la reforma procesal penal 2008 tuvo una *vacatio legis* de 8 años como máximo para ser aplicable en toda la república mexicana, término que feneció el 18 de junio del 2016.

Al hablar de la *vacatio legis* entre una norma y la entrada en vigencia de la nueva, la doctora Carla Huerta afirma que en general “el carácter de los artículos transitorios y de las normas derogatorias es la prohibición de aplicar las normas expedidas en tanto no se cumpla la fecha o condición que establecen para hacer una excepción a la aplicación de normas derogatorias en los artículos transitorios es indispensable que se establezca una autorización expresa cuyo contenido sería la facultad para aplicar temporalmente las normas derogadas”.³¹⁴

³¹² ALFONSO, Da Silva, José, “Naturaleza jurídica de las normas constitucionales”, traducción González, Martín, Nuria, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 20 de enero del año 2016.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1000>

³¹³ Ídem

³¹⁴ HUERTA Ochoa, Carla et. al., *Artículos transitorios y derogación*. Op. cit., P.824.

3.3.2. Validez de la norma jurídica.

Es pertinente señalar que existen diversos conceptos de validez: el sociológico, que se refiere al cumplimiento de la norma o aplicación de la sanción, “el ético alude a su vigencia moral, la cual deriva de la justificación moral de cada norma y el jurídico, el cual, de conformidad con la concepción positivista, se refiere a que la norma ha sido creada conforme a las disposiciones respectivas del marco jurídico la validez en sentido normativo implica que la aceptación, aplicación y acatamiento de la norma son obligatorios”.³¹⁵ A pesar de que nuestro enfoque de estudio se centra en la percepción jurídica de la validez normativa, no debemos dejar pasar lo que otras materias postulan al respecto, pues a fin de cuentas el objetivo de toda ley es la regulación de conductas sociales y no solamente valoraciones jurídicas.

En el caso de la pertenencia al orden jurídico Bulygin considera a la validez como un concepto descriptivo, dado que se refiere a un hecho, pero cuando el término “válido” se refiere a la obligatoriedad de la norma, sostiene que puede tener dos significados, el primero como “prescripción de obedecer y aplicar” que se configura como un concepto normativo de validez, y el segundo, que para Bulygin describe el hecho de que una norma es obligatoria de conformidad con otra norma, en el caso se trata del artículo primero transitorio de la reforma constitucional, de tal forma que en realidad cuando se utiliza el término validez dentro del sistema se hace en sentido normativo, esto es, en relación con su obligatoriedad.³¹⁶ La validez “definitiva” en cambio, depende del cumplimiento del proceso de creación establecido, así como de los contenidos regulados, lo cual se refiere a su validez formal o material, respectivamente la validez material, de conformidad con la teoría de Kelsen, depende, en cambio, de la adecuación del contenido de la norma inferior a la superior, y en última instancia, de la norma suprema.³¹⁷

Las normas que regulan la validez temporal de otras normas son emitidas por órganos de autoridad facultados (con ciertas restricciones previstas en el propio sistema

³¹⁵ HUERTA Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho, cuestiones relevantes*, Op. cit., P.111.

³¹⁶ HUERTA, Ochoa, Carla, “*2y ultraactividad de las normas en el sistema jurídico*”. Op. cit., P.287.

³¹⁷ Ídem.

jurídico, como por ejemplo, el principio de no retroactividad) para regular y modificar la validez temporal de las normas jurídicas y se dirigen a otros órganos con autoridad para aplicarlas, sujetándolos así en sus decisiones a las normas especificadas por los artículos transitorios. Su contenido sólo puede referirse a la vigencia y la determinación específica de la aplicabilidad de las normas en el tiempo, y pueden ser consideradas como particulares en relación con la ocasión, mas no con el sujeto,³¹⁸ de ahí se hace patente el funcionamiento de la implementación gradual del sistema acusatorio penal en nuestro país, mismo que en materia federal comenzó a aplicarse con aproximadamente año y medio de anticipación al término máximo establecido por el artículo primero transitorio de la reforma penal.

En este tenor, encontramos que para Hans Kelsen se puede entender que “la validez es vista como un concepto descriptivo, dado que se refiere a un hecho. Pero cuando el término –válido- se refiere a la obligatoriedad de la norma, sostiene que puede tener dos significados, el primero como –prescripción de obedecer y aplicar- que se configura como un concepto normativo de validez, y el segundo que describe el hecho de que una norma es obligatoria de conformidad con otra norma”.³¹⁹ Así pues, para el autor el término de validez está atado a su obligatoriedad, lo que no es parte de la norma en sí pues se refiere a la actuación de la autoridad; de esa manera la validez de la norma se presume al integrarse al sistema. Por su parte, la validez para Hans Kelsen en su conocida estructura legislativa, depende de la adecuación de la norma inferior a la norma superior, que en el caso es la Carta Fundamental, máxime tratándose de normas que infringen derechos humanos primordiales como en el caso de la libertad.

3.4. Principio de Supremacía Constitucional

Si tomamos el concepto de soberanía del Estado como la facultad de una sociedad para auto determinarse en todas las materias de orden público como lo es el sistema económico, político y social, entendemos que todo ello se ve reflejado en su sistema normativo, la soberanía, en este caso la soberanía nacional está reflejada en primera instancia en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de ese modo la decisión del grupo

³¹⁸ Ídem

³¹⁹ Huerta Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho, cuestiones relevantes*, Op. cit., Pp.111 y 112.

se ha de considerar como la “interferencia del poder como fenómeno sociocultural, en la determinación de una vía normativa posible, de las que ya constituyen un modo de ser social. Las normas así creadas no valen sólo porque dimanen de una decisión, sino porque corresponden a un querer social predominante en el momento”.³²⁰

Por su parte Carl Schmitt en su enfoque económico refiere que la Constitución de un Estado “vale en virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da, pues toda normatividad jurídica, también la normatividad constitucional, presupone tal voluntad como existente”.³²¹ De ese modo, podemos afirmar que en la Constitución de cualquier Estado moderno se ven reflejadas las aspiraciones y valoraciones del grupo social, quien cede al constituyente la facultad para plasmar en un documento legal las reglas máximas que deberán regir por una parte el reconocimiento de los derechos fundamentales de los habitantes nacionales, extranjeros y de los ciudadanos; mientras que por otra parte en dicho documento se constituye el Estado y las facultades y obligaciones de la autoridad para su desempeño, todo ello conforme con las expectativas del grupo social.

En ese sentido la Constitución se considera el documento legal de máximo valor dentro de una sociedad, de ahí el denominado principio de supremacía constitucional, que en un Estado federal como el nuestro, rige tanto en el fuero común como en el derecho federal, atento a lo establecido en el diverso 40 de nuestra Carta Fundamental en relación con el 124 de la misma, así se ordena que las normas secundarias ya sean generales, ordinarias, reglamentarias y demás, deberán ajustarse a los principios enunciados en la Constitución Federal³²²; no obstante, no debemos olvidar lo ordenado por la propia Constitución respecto a la incorporación de los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos a nuestro marco normativo, cuestión que abordaremos adelante.

Las normas secundarias que rigen cualquier actividad de los particulares y del Estado deben ser concordantes de lo establecido en la Constitución, y en materia de derechos humanos, también se deben observar obligatoriamente los Tratados

³²⁰ ALFONSO, Da Silva, José, Op cit., P.45.

³²¹ Ibídem., p.43.

³²² GARCÍA Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 56ª edición, México 2004, Editorial Porrúa, Pp. 88 y 89.

Internacionales en esta materia celebrados por el ejecutivo y ratificados por el Congreso General.

La legitimidad de las normas secundarias tiene su fundamento en la propia Constitución en la que se otorgan facultades a los poderes legislativos federal y de los estados para crear todas las normas jurídicas relativas a la administración pública y administración de justicia, por lo que “ley que es acorde a la Constitución cuenta con una peculiar legitimidad, derivada del hecho de que a través de ella se expresa la voluntad de la propia comunidad, de que es, en cierto sentido, una auto disposición de la sociedad sobre sí misma”.³²³ No obstante, la Constitución no solo determina el sentido en que habrán de elaborarse las normas en el país, sino que además regula el procedimiento en como habrá crearse la norma, respetando los principios de representación, progresividad, legalidad , irretroactividad, etcétera, de ese modo la Constitución “regula la producción de las demás normas del orden jurídico, informa validez a todo el ordenamiento normativo nacional, cuya unidad, cohesión y conexión de sentido encuentran en ella su fundamento. Las demás normas jurídicas que de ella se alejan o se desvíen son ilegítimas, invalidas, inconstitucionales, y deben ser ineficaces jurídicamente”.³²⁴ Principio que debe ser observado por todas las autoridades en los tres niveles de gobierno, y es la fuente de recursos legales como el juicio de amparo, la declaración de inconstitucionalidad de leyes, reclamaciones, revocaciones, y demás dependiendo de la materia de la controversia.

Ahora bien, en cuanto a la validez de las normas constitucionales “no se puede hablar de una operatividad diferenciada de los contenidos constitucionales a menos que así lo prevea expresamente la Constitución, de modo que el presupuesto es que todos los preceptos constitucionales tienen el mismo rango de fuerza, y dado que forman una unidad, deben ser interpretados de manera sistemática y coherente, por lo que no puede compararse

³²³ SILVA García, Fernando y Villeda Ayala, Alfredo, “*Libertad de configuración legislativa e irretroactividad de las leyes*”, revista del Instituto de la Judicatura Federal, p.178, visible en el sitio web oficial de dicha dependencia, consultado el 15 de junio del 2016. <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/31/Interiores/9%20Fernando%20Silva%20Garc%C3%ADa%20pag%20177-210.pdf>

³²⁴ ALFONSO, Da Silva, José, “*Naturaleza jurídica de las normas constitucionales*”, Op. cit., P.42.

la constitucionalidad de los preceptos constitucionales entre sí”;³²⁵ es decir, las normas constitucionales a pesar de que en muchos casos sean inobservadas por la autoridad (especialmente en cuanto a los derechos fundamentales sociales), tienen el mismo valor que aquellas que son acatadas con mayor rigor.

Esto tiene relación con nuestro tema en función de que la libertad personal del inculcado y su derecho a la presunción de inocencia deben ser considerados por todas las autoridades en el mismo rango y con el mismo valor y fuerza que las disposiciones referentes a la seguridad pública y administración de justicia, por lo que la aplicación de las medidas cautelares impuestas en juicio no debe desvalorizar ninguna disposición constitucional a favor de otra, al menos hasta el límite legal y bajo el principio de proporcionalidad de las leyes.

Queda mucho por decir al respecto del principio de supremacía Constitucional y la relación de ésta con los principios de legalidad y seguridad jurídica que debe operar irrestrictamente en materia penal; no obstante la trascendencia de lo reseñado anteriormente, opera en función de demostrar que los derechos fundamentales reconocidos por nuestra constitución, si bien no están expresados del mismo modo que en los tratados internacionales especializados en la materia, su interpretación es relativamente simple, en relación con la importancia de la norma Constitucional como instrumento supremo del Estado mexicano.

3.4.1. Principio de progresividad de las leyes.

La consolidación del actual Estado democrático es producto de la lucha histórica entre los diversos sectores sociales y aquél que ha detentado el poder; lucha que ha tenido como consecuencia el cambio de regímenes y sistemas sociales. Los derechos humanos “no han existido desde siempre, como a veces ha intentado sostener alguna vertiente del iusnaturalismo, poco atenta a los datos que arroja la historia; por el contrario, los derechos han ido conquistándose progresivamente, mediante esfuerzos, luchas y resistencias de

³²⁵ HUERTA Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho, cuestiones relevantes*, Op. cit., P.215.

individuos y grupos”.³²⁶ Maurizio Fioravanti nos refiere tres tesis respecto del surgimiento y evolución política de los derechos humanos; la tesis historicista, la individualista y la estatalista.

La teoría historicista parte del estudio del medioevo, cuando el siervo adquiría a una serie de derechos ante el señor solo por el hecho de servirle; fenómeno social al que se le denomina -dimensión contractual de reciprocidad- y que consiste en la “adquisición” de derechos *ius involuntariam* al no ser posible de describirlos específicamente. Secuencialmente surgen la Carta Magna en 1215, la *Petition of Rights* en 1682, el *Habeas Corpus* en 1679, el *Bill of Rights* en 1689; estos gradualmente fueron contemplando una serie de derechos inalienables del humano frente al desempeño autoritario de los funcionario públicos y el sistema punitivo, principalmente; no obstante en la mayoría de las colonias de los grandes reinos y Estados europeos, el desarrollo de la normativa en materia de derechos humanos y su interpretación jurisprudencial ha sido caracterizada “por una supervaloración normativa en detrimento de la realidad de los derechos humanos y de una subordinación del derecho al poder político y económico de iure o de facto”.³²⁷

La tesis individualista parte de los postulados iusnaturalistas del siglo XVII, y la positivización de derechos civiles y políticos en las normas constitucionales; así podemos observar que “el modelo historicista sostiene en primer lugar una doctrina y una práctica de gobierno limitado; el individualista sostiene en primer lugar una revolución social que elimine privilegios y el orden estamental que los sostiene”;³²⁸ de esa manera se rompe el paradigma de que la autoridad o el superior jerárquico otorga beneficios a ciertos miembros de la comunidad, sino que estos son otorgados por el Estado a través de un marco normativo supremo. En este periodo surge el derecho a la libertad como medio supremo para lograr la realización personal de los individuos, con la única limitante de que el actuar

³²⁶ PÉREZ, Santacruz, Julio César, “*Derechos fundamentales, guía de estudio electiva/optativa*”, Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio web de la Facultad de Derecho, división de universidad abierta de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 22 de junio del 2016.

http://www.derecho.unam.mx/ofertaeducativa/licenciatura/sua/Guias_optativas/Actualizadas/Guia_Derechos_Fundamentales.pdf

³²⁷ LANDA, César. Op. cit.,

³²⁸ PÉREZ, Santacruz, Julio César Op. cit.

del hombre libre no afecte derechos de terceros ilícitamente; de ahí el nombre de la teoría pues se pretende la exaltación del individuo a través del Estado y su Constitución.

La teoría Estatalista concibe al Estado político como algo distinto de una “simple relación de mutua seguridad entre poseedores de derechos y de bienes. Para el modelo estatalista, los individuos que deciden someterse a la autoridad del Estado dejan de ser, precisamente por esta decisión y sólo a partir de este momento, una multitud y se convierten en pueblo o nación, la autoridad del Estado es algo más que un instrumento necesario de tutela: es la condición necesaria para que las libertades y los derechos nazcan y sean alumbrados como auténticas situaciones jurídicas subjetivas de los individuos”.³²⁹ Así la tesis estatalista concibe los derechos fundamentales como pieza clave en la constitución de un Estado democrático de Derecho, partiendo de que el grupo social deposita su soberanía en el Congreso Constituyente, quien a su vez positiviza los derechos fundamentales de los individuos como entes particulares, así como los derechos colectivos y los medios para garantizarlos.

En su publicación, acerca de la Teoría de los Derechos Fundamentales, César Landa afirma que “los derechos fundamentales están condicionados históricamente y otorgan legitimidad al ordenamiento jurídico positivo... se busca evitar los formalismos del positivismo jurídico, prescindiendo del texto literal de la norma jurídica en favor del contenido material, es decir que se busca el sentido esencial del derecho fundamental en cuestión, y se relaciona o integra el derecho fundamental con la totalidad del orden de vida y los valores constitucionales vigentes”.³³⁰

Así, el postulado en cita, parte del hecho de que es a través de promulgar en una ley el reconocimiento de los derechos de las personas, que la sociedad reconoce el ordenamiento jurídico como una instancia superior y viable para regir las relaciones jurídicas entre particulares y entre estos y el Estado; esto implica que para determinar el sentido de la ley, debemos dejar de recurrir a los formalismos y tecnicismos legales, para

³²⁹ Ídem.

³³⁰ LANDA, César. Op. cit.,

abrir paso a una interpretación que favorezca los beneficios materiales y la voluntad de la sociedad en pos de un desarrollo adecuado.

En cuanto a la reforma del sistema normativo y el principio de progresividad de la ley, “en los derechos indisponibles debe ser rígida su aplicación por tratarse de normas, de *ius cogens*, imperativas, de orden público en que la nueva norma exige su aplicación inmediata desde su vigencia e incluso en ocasiones una retroactividad que facilite mayor rapidez en el cambio social”.³³¹

Ahora bien, sin entrar al estudio profundo de la retroactividad de la ley, pues ello se tratará a detalle más adelante, el principio de progresividad de la ley y retroactividad penal afirma que, el principio de irretroactividad de las leyes no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos, relaciones y/o situaciones determinadas, es decir, la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico, toda vez que, por su propia naturaleza, éste se resiste a ser congelado, habida cuenta de que ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento, como instrumento de progreso y de perfeccionamiento.³³²

De este modo se manifiesta que la evolución del derecho, obedece a la evolución de la sociedad en cuanto a sus prácticas y necesidades, motivo por el que las normas son transformadas y en su caso, pueden ser aplicadas a asuntos que sucedieron y procesos que iniciaron antes de que la reforma entrara en vigor, siempre que se respeten los derechos fundamentales del individuos.

Sin embargo, no debemos olvidar que en el caso que nos ocupa, la restricción a la libertad está señalada por una norma procesal, cuya aplicación retroactiva difiere bastante de aquella que se aplica a las normas materiales, sin embargo ha sido criterio de la Corte

³³¹ ALONSO Furelos, Juan Manuel, “*Efectos de la sucesión temporal de leyes iniciado el proceso (irretroactividad y retroactividad) (Segunda parte: Aspectos especiales)*”, Op. cit., P.113.

³³² SILVA García, Fernando y Villeda Ayala, Alfredo. Op. cit.,

Interamericana sostener la progresividad de las leyes, incluso en esta materia, cuando afirma que “el desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales”.³³³ Estos nuevos derechos procesales no se refieren a la aparición de nuevas figuras, sino al perfeccionamiento de aquellas que han sido contempladas por la teoría del debido proceso, desde su aparición en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en función de la legitimación del sistema de justicia en beneficio de la colectividad “...los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho, a una justicia e igualdad más real y efectiva que formal, permite el cambio social de forma moderada y progresiva”.³³⁴

3.4.2. De la reforma a la Constitución.

Un principio esencial del constitucionalismo contemporáneo es la libertad, la democracia y el pluralismo; conceptos que implican necesariamente un sistema jurídico esencialmente abierto, lo que supone el libre acceso al proceso político y a los instrumentos del cambio político; esto es, la admisión esencial de distintas opciones políticas y la hipótesis de una revocación futura de las decisiones actuales.³³⁵ Esa libertad de configuración legislativa conlleva la posibilidad para que la autoridad legislativa reemplace las leyes antiguas por leyes nuevas, tomando en cuenta que es imprescindible adaptar gradualmente el derecho a las nuevas exigencias sociales, culturales, políticas y económicas.

Desde esa óptica, la jurisprudencia constitucional ha sido constante tanto en considerar proscrita la irretroactividad de la ley que irroga perjuicios al gobernado, como en estimar válidas las facultades del legislador para introducir nuevas normas, modificando o derogando las existentes de acuerdo con las necesidades que demande la sociedad.³³⁶ Así, los problemas o controversias que surjan en función de las reformas constitucionales, deben

GARCÍA Ramírez, Sergio, *El debido proceso*,³³³ Op. cit., P.24.

³³⁴ ALONSO Furelos, Juan Manuel, “*Efectos de la sucesión temporal de leyes iniciado el proceso (irretroactividad y retroactividad) (Segunda parte: Aspectos especiales)*”, Op. cit., P.76.

³³⁵ SILVA García, Fernando y Villeda Ayala, Alfredo, Op. cit.,

³³⁶ Ídem.

ser resueltos por el propio legislador cuando estas afecten ilegítimamente los derechos de los gobernados.

Una de las mayores características de las constituciones modernas es que “es la única norma del sistema que regula su propia dinámica y establece los límites de la misma”,³³⁷ ello se encuentra plasmado en el artículo 135 de nuestra Carta Fundamental, que de manera específica aborda el tema del mecanismo de reforma a sí misma, pues como lo dice Hart “es propio del derecho no solamente prescribir conductas... sino también regularse a sí mismo, por lo que contiene normas secundarias que se refieren al proceso de creación y aplicación de las normas primarias”.³³⁸

Como lo mencionamos anteriormente, la reforma a la ley, especialmente a la Constitución de un Estado debe obedecer a principios democráticos modernos y mediante una metodología adecuada para lograr los objetivos de la misma, por ello es necesario “evitar los meros trasplantes o copias lógicas, de un sistema a otro. Toda reforma o innovación debe darse respetando la naturaleza propia de las cosas, permitiendo un desarrollo autónomo y espontáneo. Una proliferación excesiva de procedimientos y métodos de solución, también puede tener como consecuencia efectos negativos, sobre todo si algunos de ellos, en aras de una pretendida eficacia y rapidez, sacrifican o disminuyen ciertas garantías tradicionales del debido proceso legal”,³³⁹ de ahí la importancia de contar con un cuerpo legislativo capaz de entender la problemática social que pretende resolver mediante la reforma legal; asimismo es necesario que dicho cuerpo legislativo cuente con una perspectiva multidisciplinaria que permita abordar el tema desde los distintos enfoques relacionados con el tema en estudio.

Ahora bien, un mecanismo de defensa de la Constitución y los derechos fundamentales, estructura organizacional y valores sociales que consagra, reside en su

³³⁷ HUERTA Ochoa, Carla et. al, “*El proceso constituyente mexicano. a 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México 2007, P.575.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2389/19.pdf>.

³³⁸ HUERTA Ochoa, Carla et. al., “*Artículos transitorios y derogación*”. Op. cit. P. 837.

³³⁹ GÓMEZ Lara, Cipriano, Op. cit., P.356.

identidad como norma constituyente del Estado, en ese sentido la doctora Carla Huerta al hablar de las reformas constitucionales refiere que “la dinámica de la norma es parte de su carácter jurídico, sin embargo, en la norma constitucional es importante recordar que el cambio no afecta su identidad... sin dudas se puede hablar de un doble carácter de la Constitución, como documento político y como norma jurídica”.³⁴⁰ De esa manera el principio de identidad constitucional aboga por el mantenimiento de los principios rectores del Estado de derecho, no solo como una norma jurídica imperativa, sino como un sentido de organización de vida social por el que se pretende brindar seguridad jurídica a los habitantes no solo en función de la expresión normativa, sino como expresión de valores y anhelos del grupo social.

Al respecto, en otra de sus publicaciones, la doctora Huerta afirma que “al ser reformada, la Constitución en realidad no se transforma; ontológicamente sigue siendo la misma norma, las modificaciones al texto en realidad no la hacen distinta, opera una ficción que permite concebir a la Constitución como si siempre hubiese previsto los mismos enunciados manteniendo su identidad a pesar de las transformaciones que sufre; pueden cambiar sus contenidos o su estructura y sigue siendo la misma norma, salvo en el caso en que se vulneren límites materiales expresamente previstos”.³⁴¹ La anterior afirmación constata lo que hemos expresado en cuanto al mantenimiento ontológico de los principios constitucionales; no obstante la procesalista agrega la excepción que se refiere a que cuando la reforma vulnera algún límite expresamente previsto, legitimidad de la reforma es cuestionable dada la contravención de las bases del Estado democrático de Derecho.

Así, tenemos que las reformas legislativas, especialmente en la Constitución, el Estado, no deben ser realizadas como capricho del legislador o el ejecutivo como simple herramienta para la implementación de una política pública, en este caso, una política criminal sin miramientos, sino que debe orientarse por medio de valoraciones axiológicas como lo es el interés público, así lo refiere la Doctora Huerta al afirmar que “en general, los conceptos de interés público, general o social, así como los de paz y orden públicos...

³⁴⁰ HUERTA Ochoa, Carla et. al, “*El proceso constituyente mexicano. a 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*”, Op. cit., P.577.

³⁴¹ HUERTA Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho, cuestiones relevantes*, Op. cit., P.207.

son guías que el Constituyente utiliza para ordenar la actuación y organización del Estado”.³⁴² Aquí surge un concepto muy interesante y que abordaremos más adelante, y es el de interés público, mismo que ha sido utilizado por las autoridades jurisdiccionales federales de nuestro país para impedir la aplicación de reglas del sistema acusatorio a procesos iniciados dentro del marco legal penal inquisitivo.

En consecuencia la reforma a la Constitución en principio exige que el nuevo texto no altere aquello que ya está consumado, lo que implica que el legislador bien puede optimizar y perfeccionar la regulación relativa a aquellos ámbitos y materias que estime pertinente, incluso aunque ello implique que a partir de la entrada en vigor de la nueva normatividad los particulares tengan mayores cargas y/o distintos derechos de configuración legal, que aquellos que tenían en el pasado.³⁴³ Lo anterior implica que la reforma a la norma Constitucional y leyes secundarias que de ella emanan debe realizarse en estricto apego a las demás disposiciones insertas en ella, lo que explica el principio de inviolabilidad de la Constitución que implica que “la Constitución tiene un alcance mucho mayor, y esto se debe a que su función es asegurar la continuidad no solamente de un sistema jurídico, sino de un Estado, de una sociedad y su tradición”.³⁴⁴

En materia penal es incuestionable que la reforma sufrida en el texto constitucional en el año 2008 está dirigida a promover una transformación profunda en el sistema de administración de justicia, para sacarlo del rezago de décadas en las que especialmente fue objeto de duras y legítimas críticas por parte no solo de los operadores jurídicos, sino de la sociedad en general, entre quienes se encuentran individuos que han sido victimizados por el propio Estado por medio de una administración de justicia anacrónica, oscura, lenta y corrupta. Esta reforma integral al sistema de administración de justicia penal pretende resolver a largo plazo no solo los problemas que se suscitan diariamente en los tribunales penales, ya sean federales o estatales, como el rezago en la resolución de los procesos, la obscuridad de los mismos, la insistencia de los jueces al desahogo de las diligencias, la

³⁴² HUERTA, Ochoa, Carla, *“El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional”*, Op. cit., P.147.

³⁴³ SILVA García, Fernando y Villeda Ayala, Alfredo, Op. cit., P.184.

³⁴⁴ HUERTA Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho, cuestiones relevantes*, Op. cit., P.210.

dilación procesal y demás; sino también se avoca a resolver cuestiones en transparencia y respeto a los derechos humanos de la víctima y ofendido, especialmente en lo que involucra al sistema penitenciario.

El constituyente en el artículo cuarto transitorio de la reforma constitucional del 18 de junio del 2008, resolvió que absolutamente todas las disposiciones relacionadas con el sistema acusatorio penal no deben ser aplicadas a los juicios iniciados con anterioridad a la declaratoria emitida por el Tribunal Superior de Justicia de cada entidad federativa así como por el Consejo de la Judicatura Federal, en el que se declare el inicio de operaciones del sistema acusatorio. Ello tiene su fundamento en el principio de irretroactividad de las leyes contemplado por el diverso 14 constitucional, que ordena que la ley no puede ser aplicada retroactivamente en perjuicio de persona alguna, a lo que se agrega que tradicionalmente tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que la retroactividad de las leyes procesales no puede ser aplicada en función del principio *lex tempus regis actum* o *tempus regis actum*, que implica que todos los procedimientos administrativos y judiciales deben ser tramitados desde su inicio hasta su resolución mediante la ley vigente.

Lo anterior resulta controvertido toda vez que nuestra Constitución y los instrumentos internacionales celebrados por México, reconocen a la libertad como un derecho fundamental de la persona, mismo que solo puede restringirse con estricto apego a los procedimientos contemplados por la propia Constitución y los Tratados internacionales, criterios que, como veremos adelante privan el derecho a la libertad por encima de otras disposiciones procesales; asimismo, lo dispuesto por el artículo cuarto transitorio resulta cuestionable en función del principio de identidad de la Constitución, pues como lo seguimos mencionando, nuestra Carta Fundamental, como instrumento político de la sociedad, considera a los Derechos Fundamentales piedra angular en la constitución de nuestra sociedad, por lo que la autoridad en todo momento debe actuar de manera en que más se pueda respetar el acceso a la libertad de tránsito como parte del conjunto de Derechos Fundamentales reconocidos por la ley, pues si esta se llegase a considerar como un derecho prescindible o dicho de otra manera, si llegamos a concebir la libertad como un derecho “secundario”, entonces nuestra interpretación del nuevo paradigma de derechos humanos sería incorrecta, afectando al marco legal en su totalidad. Así, podemos considerar

que la disposición transitoria en comento, si bien se pretende fundamentar en la seguridad jurídica de los indiciados, la misma se desvía de los lineamientos internos e internacionales pues se le restringe su derecho a la libertad a miles de personas sujetas a proceso.

3.4.3. Control de constitucionalidad de las reformas

Atendiendo el panorama planteado, nos encontramos ante una situación en que el propio Constituyente en la disposición cuarta transitoria de la reforma penal, limita a las personas el acceso a un procedimiento penal moderno, que atienda las necesidades actuales de la sociedad y de las instituciones punitivas, acto que parece contradictorio de los principios constitucionales a un debido proceso, administración de justicia y apego al derecho a la libertad.

Sin embargo, no podemos apartar la vista de que la norma a pesar de ser “solo un artículo transitorio”, es precisamente una norma de rango constitucional, lo que nos hace plantearnos la pregunta de sí ¿contamos con una autoridad facultada para declarar la ilegitimidad³⁴⁵ de una norma constitucional cuando ésta vulnere principios de nuestro sistema jurídico?. Tal interrogante nos remite inmediatamente al estudio de las facultades de control constitucional de nuestro máximo tribunal, en concreto el Juicio de Amparo, la Controversia Constitucional y, la Acción de inconstitucionalidad de leyes; el primero de ellos es un juicio que se tramita en contra de actos de autoridad que vulnere las garantías de los particulares; el segundo se refiere a procesos para resolver los conflictos que surjan entre los poderes de la Unión, cuando se considere que alguno de ellos está interviniendo ilegítimamente en las facultades de algún otro, o así entre alguno de los tres niveles de gobierno.

Finalmente, tenemos a la Acción de inconstitucionalidad de leyes, que es definida por la propia SCJN como “un medio de control de la constitucionalidad que se tramita en forma exclusiva ante la SCJN, por medio del cual se denuncia la posible contradicción

³⁴⁵ Usamos el término ilegitimidad pues la inconstitucionalidad en este caso no depende de una valoración comparativa entre normas de distintos rangos, sino de una norma que está proscrita dentro del texto constitucional, por lo que no podemos hablar de inconstitucionalidad.

entre la Constitución y alguna norma o disposición de carácter general de menor jerarquía – ley, tratado internacional, reglamento o decreto–, con el objeto de preservar o mantener la supremacía de la Carta Magna y dejar sin efecto las normas declaradas inconstitucionales”.³⁴⁶

En ese sentido es clara tanto nuestra Constitución como la interpretación de la propia Corte, respecto del alcance de las facultades de los tribunales para interpretar y en todo caso calificar alguna norma como ilegítima, por contravenir a nuestra Carta Fundamental; el problema surge en el momento en que las disposiciones constitucionales no otorgan facultad a autoridad alguna para controvertir alguna disposición emanada de la propia Constitución, lo que en principio nos hace pensar en la carencia de un verdadero Tribunal Constitucional en el que se deposite exclusivamente la facultad del estudio de la Constitución Política de nuestro país, así como en el hecho de que si el poder supremo se deposita en una norma o en cambio se deposita la soberanía en el Poder Constituyente para que dicte normas incuestionables.

Al respecto la procesalista Carla Huerta afirma que un tema interesante, en cuanto a las reformas constitucionales, es saber si la Suprema Corte de Justicia, como máxima autoridad en interpretación del marco normativo, tiene facultades para declarar la – inconstitucionalidad- de una reforma constitucional; lo que no aparece como su facultad dentro de los artículos 103 y 105 de la propia Constitución, a menos que el término “ley” sea interpretado en su grado más amplio en el que se incluyan normas jurídicas constitucionales, tomando en cuenta que la Constitución no es una ley “El control directo de la constitucionalidad de las reformas constitucionales no se puede justificar en la soberanía depositada en la Constitución, ya que ni el poder constituyente es absoluto. El Estado constitucional no puede ser separado del Estado de derecho, por lo que la actuación de todo órgano debe estar sometida a reglas; sin un procedimiento regulado constitucionalmente, la actuación del poder reformador no puede ser considerada ni

³⁴⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “*Atribuciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*”, visible en el sitio web oficial de la SCJN, consultado el 7 de junio del 2016. <https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/Paginas/atribucionesSCJN.aspx>

legítima ni válida, como tampoco se puede inferir por interpretación un mecanismo de control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales”.³⁴⁷

El criterio judicial en cuanto a la contradicción de disposiciones constitucionales resuelve que en estos casos, debe ser considerado un caso –excepcional-; sin embargo la reforma en materia de Derechos Fundamentales del año 2011 ordena a la autoridad que debe buscar una solución para aplicar e interpretar la norma más favorable al individuo en un caso concreto, lo que debe resolverse mediante el ejercicio de ponderación de principios en conflicto. Lamentablemente “En México no sería posible, dentro del marco constitucional vigente hablar de inconstitucionalidad materia de una reforma constitucional”.³⁴⁸ De esa manera la Corte está impedida para abordar el tema de la inconstitucionalidad o ilegitimidad del artículo cuarto transitorio de la reforma constitucional penal, y en su lugar ha optado por simplemente corroborar lo ordenado por la disposición en cita, ignorando los principios de identidad, continuidad, progresividad e interdependencia de las normas constitucionales.

Al respecto el doctor Alfonso Da Silva afirma que “Es erróneo pretender que ciertas disposiciones constitucionales, solo porque no tienen una eficacia positiva directa inmediata, no sean normas jurídicas constitucionales, desde que la propia Constitución no haya establecido disposiciones expresas...”.³⁴⁹ Ello resulta interesante desde dos perspectivas, pues por una parte reconoce que las disposiciones constitucionales deben observarse a pesar de que por alguna razón no exista una aplicación directa por parte de la autoridad, es decir, la inaplicación de las normas no significa que estas pierdan algún tipo de valor, especialmente tratándose de normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales como la libertad; sin embargo en lo afirmado por el jurista brasileño, también se desprende que la propia Constitución como norma que se regula a sí misma, puede limitar el alcance de sus propias disposiciones en función del principio de

³⁴⁷ HUERTA Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho, cuestiones relevantes*, Op. cit., P.215.

³⁴⁸ HUERTA Ochoa, Carla et. al, “*El proceso constituyente mexicano. a 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*”, Op. cit., P.582.

³⁴⁹ ALFONSO, Da Silva, José, “*Naturaleza jurídica de las normas constitucionales*”, Op. cit., Pp.37 y 38.

autorregulación, lo que como veremos adelante, no implica que los derechos fundamentales puedan ser objeto de limitación arbitraria por parte de alguna autoridad en función de los tratados internacionales celebrados por nuestro país, así como por lo ordenado por la propia Constitución en su primer artículo.

El jurista brasileño al hablar del orden normativo moderno refiere que la mayoría de las Constituciones actuales contiene diferentes tipos de reglas en función de su naturaleza y finalidades; así como de distintas fuentes, sobresaliendo aquellas que provienen del ámbito internacional que condicionan al ordenamiento interno en razón de haber sido convenidas por autoridad competente, dentro de las que destacan las normas programáticas que son aquellas que “ejercen en el orden jurídico y en el régimen político del país”.³⁵⁰

3.4.3.1. Artículos transitorios.

En el caso que nos ocupa, un artículo transitorio es el que prohíbe la operatividad de la retroactividad de la ley en favor del reo, en materia de prisión preventiva oficiosa, específicamente por el artículo cuarto transitorio de la reforma penal publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio del año 2008 que a la letra dice:

“Cuarto. Los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes con anterioridad a dicho acto”.

Mandato que como lo veremos adelante obedece a los principios generales de la retroactividad de la ley procesal, sin embargo ésta prohibición absoluta ha restringido a miles de individuos a gozar de su derecho fundamental al acceso a la impartición de justicia de acuerdo a los lineamientos constitucionales en materia de Derechos Humanos y consecuentemente su derecho a la libertad personal.

Ante la trascendencia de estas disposiciones es menester conocer las peculiaridades de este tipo de normas, pues como lo afirma la doctora Carla Huerta “... la creciente

³⁵⁰ *Ibidem.*, P.34.

relevancia de los artículos transitorios y de su complejidad actual resulta indispensable no solamente estudiarlos, sino establecer límites al legislador, vigilar su contenido y verificar atentamente su elaboración y aplicación posterior”;³⁵¹ así partiendo de un criterio objetivo podremos entender si la elaboración del artículo cuarto transitorio obedece a la técnica legislativa necesaria.

Partiremos definiendo a las normas transitorias para poder identificar sus características. El jurista Alfonso Furelos los define como el “Conjunto de normas que determinan el tránsito (sucesión, cambio, paso) de las situaciones, relaciones, negocios jurídicos, contratos, derechos y obligaciones, efectos... de la antigua norma, a la vigente”.³⁵² Esta definición nos remite a lo que hemos referido respecto al sistema y al orden jurídico, toda vez que en principio se refiere a que los artículos transitorios regulan la pertenencia de una norma ya sea al sistema o al orden jurídico. Podemos afirmar que las normas procesales se diferencian de las formales por sus funciones; “las funciones de las normas jurídicas son distintas, pues aunque regulen conductas, ya sean actos, acciones o estados de cosas, se pueden diferenciar en virtud del sujeto a quien se dirigen, así como por su objeto y eficacia”.³⁵³

Son normas jurídicas en sentido estricto pues tienen la misma estructura lógica de las demás normas, pues contempla una premisa mayor (supuesto), una premisa menor (cópula), y una conclusión (sanción). Sin embargo la diferencia con el resto de las normas en primer término es el sujeto normativo a quien se dirige, que en el caso de los artículos transitorios el sujeto normativo es una autoridad y no un particular; en segundo término su objeto no es regular precisamente conductas humanas particulares o de autoridad, sino a otras normas, y finalmente su eficacia es inmediata, pues una vez que se cumple el plazo o condición contemplado por éstas, entonces han surtido sus efectos y ya no regulan más a la norma principal.³⁵⁴

³⁵¹ HUERTA Ochoa, Carla et. al., “*Artículos transitorios y derogación*”. Op. cit., P.824.

³⁵² ALONSO Furelos, Juan Manuel, “*Efectos de la sucesión temporal de leyes iniciado el proceso (irretroactividad y retroactividad) (Primera parte: Aspectos particulares)*”, Op. cit., P.45.

³⁵³ HUERTA Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho, cuestiones relevantes*, Op. cit., P.177.

³⁵⁴ *Ibidem.*, Pp.120, 121.

Por otra parte, los artículos transitorios en cuanto al sujeto a que se refieren son “normas secundarias que se refieren al proceso de creación y aplicación de las normas primarias... que establece los órganos y procedimientos de aplicación... considerando la estructura de las mismas, el sujeto normativo no son las normas mismas, aun cuando se determine su vigencia, sino las autoridades que las han de aplicar. Las normas son el objeto respecto del cual se realiza la acción; son un elemento del supuesto, pero no el sujeto a quien se dirige la norma”.³⁵⁵

Alchourrón y Bulygin en su teoría de la retroactividad de la ley, refiere que los artículos transitorios “forman parte del sistema del juez, más que del súbdito, puesto que el primero se integra por normas de competencia y normas de obligación... se podría decir que existe un tipo de reglas que tienen como función regular las conductas de los individuos, y otras que se dirigen a las autoridades... establecen obligaciones para los órganos aplicadores”.³⁵⁶ De ese modo nos queda claro que el sujeto a quien van dirigidas las normas transitorias es a la autoridad encargada de la aplicación de la norma primaria, lo que en el caso ocurre toda vez que el mandato constitucional en estudio se dirige tácitamente a las autoridades penales para que se conduzcan mediante la ley procesal inquisitiva-mixta en sus actuaciones dentro de los procesos iniciados con anterioridad a la declaratoria por parte de la autoridad competente respecto del inicio de vigencia del sistema acusatorio penal hoy contemplado por el Código Nacional de Procedimientos Penales.

En cuanto a su función, como lo hemos dicho, no se encaminan a regular actos humanos sino al modo de operar de normas principales, “se define por su función que se refiere a la aplicabilidad de otras normas, ya sea al señalar la entrada en vigor de una disposición o al derogarla. El artículo transitorio pierde su eficacia una vez que ha cumplido su cometido, por ello es que no puede establecer prescripciones genéricas con carácter vinculante a los particulares... En virtud del cambio que se producen el sistema jurídico, regulan el tránsito de un orden jurídico a otro, pero la norma es denominada

³⁵⁵ *Ibidem.*, P.176.

³⁵⁶ HUERTA Ochoa, Carla et. al., “*Artículos transitorios y derogación*”. Op. cit. P.815.

transitoria en razón de su función, no de su estructura”.³⁵⁷ De tal modo cuando nos referimos a que la norma transitoria regula el funcionamiento de la norma formal, no nos referimos a que lo haga en cuanto a su estructura o fondo, pues esto depende de la adecuación de ésta, con el marco Constitucional y tratados internacionales en función del principio de convencionalidad instaurado en el año 2011.

Carla Huerta analiza los diferentes tipos de artículos transitorios partiendo del estudio de sus consecuencias.³⁵⁸ El primero de ellos se refiere a aquellos que determinan la vigencia de una norma de acuerdo a cierto término o condición que en ellos mismos se establezca; en ese apartado es importante señalar que los artículos transitorios surten sus efectos inmediatamente pues limitan o imponen un término que debe acatarse de inmediato. El segundo tipo de artículos transitorios se refiere a aquellos que ordenan la derogación de alguna norma en su totalidad o en alguna de sus partes; una vez que cumplen sus efectos estos artículos dejan de ser vigentes. Finalmente, el tercer tipo de artículos transitorios establecen mandatos a órganos legislativos sin importar que los mismos estén sujetos a plazo o condición alguna, y su vigencia depende del cumplimiento que se le dé a dicho mandato.³⁵⁹ Características que no serán de gran utilidad cuando entremos a estudio del artículo cuarto transitorio.

3.4.3.2. Reforma a los artículos transitorios.

Antes de entrar al estudio de la retroactividad de la ley procesal en materia de medidas cautelares restrictivas de libertad, procederemos a estudiar si es posible reformar las disposiciones transitorias; así partimos del hecho de que toda norma legal debe ser considerada como integrante del orden jurídico de una sociedad, por lo que no debe contradecir los principios legales del mismo, en este caso contemplados por la Constitución Federal, así los artículos transitorios en “sus enunciados no solamente establecen un deber ser, sino que sus propiedades dependen del sistema normativo al que pertenecen”.³⁶⁰

³⁵⁷ HUERTA Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho, cuestiones relevantes*, Op. cit. P.181.

³⁵⁸ HUERTA Ochoa, Carla et. al., “*Artículos transitorios y derogación*”. P.818.

³⁵⁹ Ídem.

³⁶⁰ *Ibidem*, P.175.

Por el momento nos aventuramos a afirmar que el artículo cuarto transitorio no se adecua a los lineamientos en materia de derechos fundamentales previstos por la propia Constitución, toda vez que restringe el derecho del individuo a una impartición de justicia moderna y respetuosa de la libertad y presunción de inocencia.

De acuerdo con la teoría de los artículos transitorios, es viable que dentro de estos se contemple la posibilidad de que las reformas realizadas a la norma principal no entren en vigor inmediatamente después de su publicación sino que se realice de manera paulatina conforme se cumplan los actos o plazo previsto, sin que ello atente contra los principios de generalidad de las normas o de legalidad.³⁶¹

Esto se patenta, en nuestro estudio, dentro de los tres primeros artículos transitorios de la reforma penal en los que se establece la condición de aplicación, entendida como “aquello que tiene que darse para que se materialice la conducta regulada, se podría decir que son los estados de cosas o acciones que deben verificarse para que la norma sea aplicable, como su entrada en vigor”;³⁶² disposiciones que en síntesis ordenan que las reformas constitucionales entrarían en vigor de acuerdo con los avances graduales que se diera en el desarrollo de las condiciones personales y materiales de los estados y de la federación, por lo que los Tribunales Superiores de Justicia y el Consejo de la Judicatura Federal durante los 8 años que duró el periodo de *vacatio legis* fueron decretando la entrada en vigor de dicho sistema de manera gradual en los distritos judiciales y circuitos judiciales.

Sin embargo, los teóricos afirman que las normas transitorias en muchos casos han excedido su función, pues son insertados por la autoridad legislativa ciertos criterios que obedecen a políticas criminales que no se ajustan de todo a lo estrictamente ordenado por la Constitución y tratados internacionales en materia de derechos humanos, así mediante los artículos transitorios “... vicios se han producido, como desvirtuar la naturaleza de ciertas instituciones jurídicas y utilizarlas de manera arbitraria para lograr fines específicos o

³⁶¹ *Ibíd.*, P.120.

³⁶² HUERTA Ochoa, Carla et. al., “*Artículos transitorios y derogación*”. *Op. cit.* P.829.

subsancar errores, como es el caso de los artículos transitorios”.³⁶³ Tal afirmación obedece a diversas vulneraciones que se han legalizado en artículos transitorios que desobedeciendo a toda teoría jurídica limitan campos de acción para la autoridad deslindándola de cualquier injerencia en el respeto de los derechos de los individuos.

Al acudir al estudio de la reforma legal de la norma transitoria constitucional nos encontramos con criterios bastante terminantes que afirman lo siguiente: “tanto los artículos transitorios como las normas derogatorias pueden ser reformados siguiendo el mismo procedimiento por el que fueron creados, ya que se puede aceptar que quien tiene la competencia para expedir una norma, también la tiene para eliminarla del orden jurídico”³⁶⁴. Respalda su criterio la autora agregando que “se puede aceptar que quien tiene la competencia para expedir una norma, también la tiene para eliminarla del orden jurídico... entonces sus prescripciones en relación con la entrada en vigor de alguna disposición pueden ser modificadas...”.³⁶⁵

En esa razón esta es una alternativa que nuestro sistema jurídico contempla para revocar una disposición constitucional que contraviene otros principios máximos contemplados por la Carta Fundamental; sin embargo antes de declarar esta posibilidad como algún tipo de salvación a nuestra problemática, es importante acudir al estudio de la retroactividad de la ley en sus funciones materiales y procesales, labor que abordaremos adelante.

3.5. Retroactividad de la ley.

De acuerdo con la procesalista Carla Huerta, para entender el problema de la retroactividad de la ley debemos hacer una interpretación completa de la misma, “afirmar que los enunciados de un sistema jurídico son normas, supone un sistema unitario y complejo que permite, mediante ciertos procedimientos, como la interpretación y el análisis estructural de las normas, establecer la manera en que los elementos de las normas previstos en diversos

³⁶³ HUERTA, Ochoa, Carla, “*Sobre la validez temporal de las normas. la retroactividad y ultraactividad de las normas en el sistema jurídico*”. Op. cit. P.286.

³⁶⁴ *Ibidem.*, p.185.

³⁶⁵ HUERTA Ochoa, Carla et. al., “*Artículos transitorios y derogación*”. Op. cit., P.812.

enunciados se enlazan y complementan”,³⁶⁶ de ahí la importancia del estudio del sistema y orden jurídico realizada anteriormente, así, “aunque parece ilógico, es posible aceptar la convivencia de normas vigentes y derogadas, si se admite la distinción entre sistema y orden jurídicos en los términos de su operatividad, como diacrónico y sincrónico respectivamente, ya que así se puede distinguir el conjunto de normas existentes de las aplicables”.³⁶⁷ Toda vez que el dinamismo del sistema jurídico no puede seguir el mismo ritmo de la evolución social, es menester contemplar una institución que nos permita la regulación de actos pasados a través de una norma posterior.

De tal modo, “cuando la disposición jurídica en cuestión es considerada válida para el caso específico, aun cuando los hechos hubiesen ocurrido antes de entrar en vigor. Se crea una ficción, y se pretende que la norma se mueve en el tiempo hasta el momento de los hechos, como si entonces ya hubiese estado vigente”;³⁶⁸ de esa manera nos es posible entender como la autoridad a través de un ejercicio intelectual puede encuadrar en su resolución, la norma posterior a un acto anterior. En publicación realizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,³⁶⁹ David García Saavedra refiere que tratándose de la sucesión de leyes en el tiempo, la retroactividad puede reducirse en tres interrogantes: ¿la ley promulgada debe ser aplicada a los actos jurídicos creadas bajo la vigencia de una legislación anterior?; ¿la nueva ley deberá prescindir del pasado, desconociendo las situaciones jurídicas creadas por la ley anterior? y; ¿la nueva ley debe reconocer condiciones o derechos existentes cuyo origen se remite a la legislación derogada?

Tanto para la dogmática como para el ejercicio jurisdiccional, es necesario que las reformas que se realicen a cualquier norma, especialmente a la Constitución, se prevea en los artículos transitorios la entrada en vigor de dicha reforma, que postularan el término o condición que deberá cumplirse para que la reforma sea de aplicación obligatoria para la

³⁶⁶ HUERTA Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho, cuestiones relevantes*, Op. cit., P.175.

³⁶⁷ HUERTA Ochoa, Carla et. al., “*Artículos transitorios y derogación*”. Op. cit. P.815.

³⁶⁸ HUERTA Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho, cuestiones relevantes*, Op. cit., P.125.

³⁶⁹ García Saavedra, José David, “*Aplicación retroactiva de la ley penal*”, P.298, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 21 de marzo del 2015.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2114/34.pdf>

autoridad, sin que antes de que esto ocurra pueda considerarse que la norma jurídica es formalmente válida.

3.5.1. Retroactividad e irretroactividad de la ley.

Para lograr una postura definitiva respecto de nuestro tema de estudio, es determinante conocer la figura de la retroactividad de la ley. En principio podemos definirla como “la operatividad de una norma en el tiempo, es la forma de aplicación que le permite tener eficacia respecto de actos sucedidos previamente a su expedición”;³⁷⁰ así la no retroactividad de las normas jurídicas, no se funda en la naturaleza del derecho, es por ello que no existe una regla general, sino que su aplicación tiene variantes según las distintas ramas del derecho, es decir, esta figura es común a todas las materias jurídicas, sin embargo, por razones de seguridad jurídica y debido proceso su interpretación y aplicación es variada en cada área del Derecho.

Como lo hemos referido, es dependiendo de la materia jurídica que el principio de retroactividad de la ley debe ser interpretado, ya que la prohibición de retroactividad tiene su fundamento en los principios de seguridad jurídica como garante de los derechos fundamentales, es decir, “en el fondo, la retroactividad no es sino la posibilidad de aplicar normas que no estaban vigentes en el momento de los hechos, pero de conformidad con el principio de legalidad, y siguiendo los criterios de seguridad y justicia”;³⁷¹ tiene trascendencia especialmente en materia penal, pues se trata de evitar que la autoridad pretenda sancionar alguna conducta o incrementar su punibilidad, cuando ésta no era contemplada como un delito por la ley vigente, o la sanción era menor a la regulada por la ley posterior; de tal manera la prohibición de retroactividad en materia civil, administrativa, fiscal tiene su origen en la formalidad con la que se deben manejar estas áreas.

Como derecho fundamental, el principio de no retroactividad es una garantía de seguridad jurídica cuyo fin es limitar la actividad del poder público para que no afecte la esfera del particular. “Se trata de preservar el Estado de derecho en función de los

³⁷⁰ HUERTA Ochoa, Carla et. al, “*El proceso constituyente mexicano. a 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*”, Op. cit., P. 584.

³⁷¹ HUERTA Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho, cuestiones relevantes*, Op. cit., P.134.

principios de legalidad y certeza”,³⁷² mismo que “no es susceptible de ser suspendido o restringido conforme a las reglas aplicables contenidas tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que México es parte”,³⁷³ al respecto cabe mencionar que esta no es una de las garantías susceptibles de ser suspendidas mediante el procedimiento contemplado en el numeral 29 de nuestra Constitución, toda vez que dicha restricción o limitante vulnera innegablemente el acceso a un debido proceso legal. En esa función entendemos la relevancia de la retroactividad y su prohibición como una de las piedras fundamentales del debido proceso legal, especialmente por estar inserto en instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos.

3.5.2. Ultraactividad de la ley.

La ultraactividad de la ley se refiere al estudio de la aplicación de una ley anterior cuando existe dentro del orden jurídico una disposición normativa posterior que regula los mismos hechos, es decir, la ultraactividad consiste en la aplicación de normas que ya no son vigentes, sin embargo su derogación no afecta su pertenencia al sistema jurídico, y su función es la de conservar derechos específicos nacidos durante su vigencia, dejando de formar parte del orden jurídico una vez que todos los procesos y procedimientos tramitados bajo su imperio han sido resueltos en su totalidad y la norma es declarada formalmente derogada por el órgano legislativo correspondiente.

En el caso es importante referir el tema de la ultraactividad de la ley, toda vez que a pesar de que la reforma constitucional del año 2008 que instaura el sistema acusatorio penal ahora vigente en su totalidad, en el país se siguen aplicando códigos procedimentales de corte inquisitivo mixto para resolver procesos criminales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales; tal es el caso de nuestra entidad federativa, en el que se continúan ventilando miles de procedimientos penales bajo la tutela del Código de Procedimientos en materia de Defensa Social para el Estado de

³⁷² HUERTA Ochoa, Carla et. al “*El proceso constituyente mexicano. a 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*”, Op. cit. P.591.

³⁷³ FIX, Zamudio, Héctor y Fix Fierro Héctor, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada*, 20° edición, México 2009, Editorial Porrúa, tomo I., P. 275.

Puebla, toda vez que esta era la norma vigente hasta el día 17 de junio del 2016 al menos en la capital del estado.

Así lo expresa la jurista Carla Huerta al afirmar que “La ultraactividad de una norma derogada es viable porque la norma derogada no ha dejado de pertenecer al sistema. Generalmente la ultraactividad o supervivencia temporal de las normas derogadas es permitida para su aplicación a casos pendientes de resolución para evitar vulneración de derechos adquiridos. Es por ello que en ocasiones, sobre todo en materia procesal, se hacen excepciones que permiten aplicar las normas derogadas a los casos pendientes de resolución”.³⁷⁴ Este postulado es una explicación exacta a lo que vivimos en nuestro sistema de administración de justicia penal, y tiene su justificación en brindar seguridad jurídica a las partes dentro del procedimiento punitivo a fin de que se respeten las formalidades del procedimiento vigente al momento en que se cometió la conducta reprochada.

El doctor Alonso Furelos se refiere a la ultraactividad de la ley de la siguiente manera: “cuando la nueva norma vigente permite que se sigan regulando las situaciones constituidas al amparo de la anterior derogada como si estuviera vigente. La nueva norma permite dos regímenes uno para el supuesto mencionado convirtiendo a la ley derogada en ley especial y temporal para las mismas y otro para las que se constituyan con posterioridad a su vigencia que sería ley general y sin duración temporal... la teoría de la litispendencia se refiere a todo el proceso o a una instancia o fase o periodo de éste implica una cierta ultraactividad para los actos posteriores que se realicen por la anterior ley procesal pese a estar vigente una nueva”.³⁷⁵

De ello podemos apreciar que nuestra Constitución en su reforma procedimental penal como norma posterior contempla todos los supuestos expresados por el jurista, toda vez que en los artículos transitorios de la reforma multicitada ordenan que los trámites

³⁷⁴ HUERTA Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho, cuestiones relevantes*, Op. cit., P.182.

³⁷⁵ ALONSO Furelos, Juan Manuel, Efectos de la sucesión temporal de leyes iniciado el proceso (Op. cit., Alonso Furelos, Juan Manuel, “*Efectos de la sucesión temporal de leyes iniciado el proceso (irretroactividad y retroactividad) (Segunda parte: Aspectos especiales)*”, Op. cit., Pp.94 y 95.

procesales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del sistema acusatorio culminarán conforme a lo dispuesto por las normas vigentes al momento en que inició el procedimiento punitivo; de esa manera la posterior norma constitucional otorga una vigencia temporal a las normas anteriores, limitándolas hasta que se concluyan los procedimientos iniciados bajo su vigencia.

Retomando lo apuntado respecto al sistema y al orden jurídico, la ultraactividad de la ley es la explicación para comprender que a pesar de que una norma deje de ser vigente, continúa siendo parte de un orden jurídico temporal aun es eficaz para la resolución de procedimientos penales iniciados bajo su vigencia, es decir, a pesar de que ha entrado en vigor el nuevo ordenamiento procesal penal en cada distrito judicial de los estados y circuitos judiciales en el fuero federal, el conjunto de normas procedimentales penales de corte inquisitivo anteriores vigentes, lo que se encuentra lo ordenado por la propia Constitución hasta antes de la reforma de junio del 2008, el Código Federal de Procedimientos Penales y cada una de las disposiciones procedimentales de las entidades federativas y del entonces Distrito Federal, continúan siendo parte del orden jurídico aplicable solo a cierto sector y en determinados casos, en razón de que el principio de legalidad ordena que se debe velar por el mantenimiento de los derechos adquiridos dentro de las formalidades del debido proceso vigente al momento en que presuntamente se ha cometido un delito, para no vulnerar derechos fundamentales de los procesados.

En esa razón la ultraactividad de los códigos procedimentales penales anteriores continuarán siendo eficaces hasta en tanto no se resuelva en definitiva el último proceso penal instaurado bajo sus principios y formalidades y; sin embargo, llegando ese momento, no sería correcto afirmar que aquellas disposiciones hubieren perdido totalmente su eficacia, pues dentro de los procesos concluidos aun en sentencia definitiva es posible que se presenten casos en que sea necesario estudiar la procedencia de figuras como el reconocimiento de inocencia, pago de daños y perjuicios, revisión a los términos máximos de pena en caso de reforma legal y otros, que hacen necesario que las normas que sirvieron para procesar al individuo, se mantengan dentro del sistema jurídico de la sociedad para resolver los planteamientos que se presenten.

3.6. Principales teorías de retroactividad de la ley.

Dependiendo del sistema jurídico de que se trate en cada época y nación, se ha interpretado a la retroactividad de la ley con la pretensión de lograr una teoría general que satisfaga las necesidades sociales y del sistema de administración de justicia. Por ello el principio de irretroactividad de la ley se funda a partir de una integración de teorías, sin dejar de considerar el marco constitucional que envuelve a dicha garantía constitucional. En los últimos tiempos, esa ha sido una alternativa constante en el seno del Máximo Tribunal del país, que ha utilizado, especialmente y de manera conjunta, las teorías sobre derechos adquiridos y la teoría relativa a los componentes de la norma, para definir los contornos de la garantía constitucional de irretroactividad de la ley. A continuación referiremos cada una las teorías más aceptadas por la doctrina mexicana a fin de entender hasta qué grado puede interpretarse el principio en estudio y lograr entender los criterios jurisprudenciales emitidos por las autoridades nacionales.

3.6.1. Teoría de los Derechos adquiridos.

Esta teoría encuentra su mayor representante en Merlin, que fue un jurista franco de la época de la Ilustración, se le atribuye la compilación de las mayores ideas del movimiento liberal del siglo XVIII bajo las órdenes de Napoleón Bonaparte; en nuestra materia, es el primer teórico -moderno- en referir principios rectores de la retroactividad. Son tres conceptos fundamentales para entender los postulados de Merlin, el primero de ellos es el de -Derecho adquirido-, que implican todas aquellas prerrogativas que son dominio del individuo y consecuentemente no pueden ser arrebatados; el segundo de ellos es el de -facultad-, que se refiere a aquella potestad otorgada por la ley que mientras no se haga efectiva; finalmente la -expectativa- la esperanza de adquirir cierta prerrogativa que no se ha logrado y el individuo aun no puede reclamar.³⁷⁶ Para hablar de este postulado, el Doctor García Máynez refiere que debemos distinguir entre un derecho y la expectativa de adquirir un derecho; así un derecho es aquél que se encuentra contemplado por el marco

³⁷⁶ GARCÍA Saavedra, José David. Op. cit., P.299.

jurídico (no únicamente por la Constitución), cuya observancia es general de acuerdo con los principios de legalidad y seguridad jurídica.³⁷⁷

En respuesta a las preguntas formuladas por el Doctor Saavedra referidas supra, la Teoría de los derechos adquiridos según la cual “se considera que una ley es retroactiva cuando destruye o restringe derechos adquiridos al amparo de otra ley anterior”.³⁷⁸ Es importante recordar que solo se refiere a los derechos que han entrado en nuestro dominio y campo de ejercicio, mismos que no pueden ser arrebatados por la disposición normativa posterior, caso que ocurre respecto de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución e instrumentos internacionales, precisamente nos referimos a la libertad personal y a la administración de justicia bajo un debido proceso legal, ya que no es posible negar que estos se encuentran dentro de nuestro dominio por su propia definición al ser inherentes al ser humano.

En términos generales puede decirse que la interpretación de la retroactividad de las leyes en nuestro sistema judicial impera la teoría clásica de los derechos adquiridos, que en síntesis postula que una ley es retroactiva cuando vuelve sobre el pasado para modificar situaciones creadas bajo una ley anterior y que afecta derechos adquiridos, es decir, aquellos que han entrado en el dominio de la persona.³⁷⁹ De la lectura de la interpretación jurisprudencial de la teoría en estudio se desprende que la misma versa particularmente en la materia civil, pues el propio autor en los ejemplos que nos brinda en sus obras, se refiere a temas sucesorios y contractuales específicamente. Es por ello que dicha teoría no satisface totalmente nuestra necesidad para saber si existe medio alguno para contemplar la retroactividad de la ley procesal cuando se vulnera algún derecho fundamental.

Uno de los métodos utilizados, por el Máximo Tribunal para interpretar el primer párrafo del artículo 14 constitucional, se traduce en la teoría de los derechos adquiridos, que resulta especialmente aplicable cuando el caso concreto implica la afectación de derechos

³⁷⁷ GARCÍA Máynez, Eduardo, P. Cfr. Op cit., P. 83.

³⁷⁸ GARCÍA Saavedra, José David. Op. cit. P.301.

³⁷⁹ DERECHOS ADQUIRIDOS.- [No. Registro: 385,190. Tesis aislada. Materia: Administrativa. Quinta Época. Instancia: Sala Auxiliar. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, CXIX, p. 1593].2 2)

patrimoniales, lo que sólo se genera en algunas materias (civil, fiscal, administrativa, principalmente). Esta teoría distingue entre dos conceptos, a saber: el concepto de derecho adquirido, que se ha definido como aquel que implica la introducción de un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, a su dominio o a su haber jurídico, y el concepto de expectativa de derecho, el cual ha sido entendido como la pretensión o esperanza de que se realice una situación determinada que va a generar, con posterioridad, un derecho. Mientras que el derecho adquirido constituye una realidad, la expectativa de derecho corresponde a algo que en el mundo fáctico no se ha materializado.

A partir de ese método, si una ley o acto concreto de aplicación no afecta derechos adquiridos, sino simples expectativas de derecho, no se viola la garantía del primer párrafo del artículo 14 de la Constitución Federal.... Este Alto Tribunal encuentra de suma importancia apuntar que ese método bien puede ampliarse a los derechos fundamentales de los gobernados: En efecto, si se proscribe que una ley nueva o su aplicación afecte los derechos patrimoniales (derechos adquiridos) consolidados bajo una ley derogada, por mayoría de razón, deben entenderse protegidos los derechos constitucionales (de la personalidad, por ejemplo), lo que deriva de su propia tutela constitucional, del hecho de que ninguna ley (anterior o posterior) puede afectarlos válidamente

3.6.2. Teoría de las situaciones jurídicas abstractas y de las situaciones jurídicas concretas.

Desarrollada por el jurista Julián Bonnecase a principios de siglo pasado. Postula la teoría de la retroactividad conforme a los cánones de la escuela clásica elaborada por Merlin, diferenciando el derecho adquirido en función de que no lo considera como producto de una ley que genera derechos y beneficios a los particulares, sino que la norma crea situaciones jurídicas, que determinan la manera de ser de cada uno frente a la norma, y que cuando esta manera de ser es eventual o teórica, nos encontramos ante una situación jurídica abstracta; en cambio, “cuando deriva para determinada persona de un hecho o un acto jurídico que ha hecho actuar las reglas de la institución y ha hecho nacer, consecuentemente, derechos y obligaciones a favor o a cargo de esa persona, la situación

jurídica se convierte en concreta”,³⁸⁰ es decir, situaciones abstractas consisten en “la manera de ser eventual o teórica de cada uno, en relación de una ley determinada”, mientras que una situación jurídica concreta es “la manera de ser derivada para cierta persona de un acto o un hecho jurídico, que pone en juego en su provecho o a su cargo, las reglas de una institución jurídica, e *ipso facto*, le confieren las ventajas y obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución”.³⁸¹

Lo anterior se refiere a que la ley nueva crea situaciones jurídicas en abstracto para los individuos, mismas que solo se concretan cuando la persona realiza el hecho o acto jurídico a que se refiere la norma, y que da origen a derechos u obligaciones contemplados por la propia ley.

Conociendo la diferencia entre la situación jurídica abstracta y concreta, podremos entender cómo funciona la retroactividad en esta teoría. De tal manera que cuando una norma existente contempla una situación jurídica abstracta, no puede reprocharse si la norma posterior modifica o extingue la situación; asimismo no se puede reprochar cuando la norma posterior no modifique ni extinga la situación jurídica concreta del individuo. A contrario sensu, cuando la norma modifique o extinga alguna situación jurídica concreta, entonces hablamos de una norma retroactiva.

En su interpretación de la Constitución Política Mexicana, Fix Zamudio y Fix Fierro al hablar del artículo 14 constitucional afirman que hasta el momento la Suprema Corte de Justicia no ha dictado una definición satisfactoria del principio de irretroactividad de la ley, sin embargo, en su resolución PJ/123/2001, SJFG, 9ª época, t.XIV del mes de octubre del año 2001 recurriendo a la Tesis de los derechos adquiridos afirma que “... cuando afectas situaciones o derechos – no meras expectativas- que han surgido con apoyo en

³⁸⁰ ORTIZ-Orquidi, Raúl, “*Los conflictos de leyes en el tiempo a la luz de la doctrina, de la legislación y de la jurisprudencia. Ensayo de revisión a su teoría general y a su solución legislativa*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 19 de julio del 2016.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/99/dtr/dtr15.pdf>

³⁸¹ ROJINA Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil volumen I, Introducción, Personas y familia*, México 1962, Editorial Libros de México, P.45.

disposiciones legales anteriores, o cuando lesionan efectos posteriores de tales situaciones o derechos que están estrechamente vinculados con su fuente o no puedan apreciarse de manera independiente (sobre los elementos para determinar a retroactividad de las leyes).³⁸²

3.6.3. Tesis de Paul Roubier.

De acuerdo Eduardo García Máynez, Paul Roubier basa su teoría de la resolución de conflictos de leyes por su aplicación, por medio de la distinción de los conceptos de retroactividad y efecto inmediato de la norma jurídica. La norma es retroactiva “cuando se aplica a hechos consumados durante la vigencia de una ley anterior, o a situaciones jurídicas en curso, por lo que toca a efectos realizados antes de la vigencia de la nueva ley”;³⁸³ definición muy similar a las demás aportadas por la doctrina, con la salvedad de que contempla además a actos o hechos cuyas consecuencias se manifiesten bajo la tutela de la propia norma anterior, como es el caso del auto de formal prisión, que en el procedimiento penal inquisitivo mixto impone la prisión preventiva oficiosa. Tal forma de operatividad temporal constituye una excepción a la regla general de vigencia que tiene por objeto evitar un perjuicio derivado del cambio dado en la legislación entre el momento de la realización de los hechos, y el de la aplicación de la norma a través de una resolución. En principio, una norma jurídica es aplicable solamente a partir del cumplimiento de la condición o término previstos en los artículos transitorios para su entrada en vigor, antes de ello ni siquiera es jurídicamente existente.³⁸⁴

Por otra parte si la norma se aplica “a las consecuencias aún no realizadas de un hecho, ocurrido bajo el imperio de la precedente, no tiene efecto retroactivo, sino inmediato”;³⁸⁵ de tal manera que en cuanto a los hechos –futuros- nunca existe retroactividad de la ley, sin embargo cuando hablamos que las consecuencias del acto no han dejado de producirse cuando la nueva ley entra en vigor; a lo cual Roubier propone

³⁸² FIX, Zamudio, Héctor y Fix Fierro Héctor, Op. cit., P.275.

³⁸³ GARCÍA Máynez, Eduardo, Op. cit., P.397.

³⁸⁴ RETROACTIVIDAD, EL ARTÍCULO 426, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL NO ES RETROACTIVO, Semanario Judicial de la Federación, Pleno, 8ª época, t. IV primera parte, julio-diciembre de 1989, tesis LI/89, p.112

³⁸⁵ GARCÍA Máynez, Eduardo, Op. cit., p.397.

distinguir y separa los efectos que se han producido bajo la ley anterior y aquellos que lo han hecho bajo la ley posterior, ello para simplemente comenzar a aplicar la ley posterior cuando entre en vigor, dejando firme lo actuado bajo la ley anterior. En materia contractual el jurista francés no contempla ningún tipo de cambio en la aplicación de las normas, es decir, la ley anterior y vigente durante la celebración del contrato es aplicable en todo momento sin que pueda operar en absoluto la ley posterior.

Finalmente, afirma el autor que caso análogo es que la ley nueva crea, modifica o termina alguna situación jurídica nos encontramos con que la ley nueva no puede regir sin ser retroactiva; postura abordada por Marcel Planiol quien en el mismo sentido al afirmar que “las leyes son retroactivas cuando vuelven sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, sea para modificar o suprimir los efectos ya realizados de un derecho”,³⁸⁶ y en cualquier otro caso no podemos hablar de retroactividad sino de aplicación de la norma vigente a hechos futuros.

3.6.4. Teoría de los componentes de la norma.

Antes de entrar al estudio de la retroactividad de la ley para la Teoría de los Componentes de la norma, es importante retomar las posturas clásicas y modernas respecto de los elementos que integran a la norma jurídica. Hans Kelsen afirma que la principal cualidad de una norma jurídica es ser prescriptiva, es decir, implica una orden, una permisión o una prohibición; de tal manera la norma jurídica no realiza ningún juicio de valoración, por lo que no pueden ser verdaderas o falsas, sino solo válidas o no válidas.

Para Kelsen la validez de la norma es equivalente a su existencia e implica que el mandato tiene fuerza obligatoria para todos los individuos a quienes se dirige; situación que no corresponde al criterio actual que contempla estos conceptos como contingentes uno del otro. La descripción completa de un sistema es correcta solo si “todo enunciado de él describe, de forma completa, exactamente una disposición jurídica del sistema y no existen

³⁸⁶ *Ibidem.*, p.394.

dos enunciados en la descripción que describan la misma disposición jurídica”.³⁸⁷ Esta última afirmación nos da una idea clara de lo que sustentaba el autor respecto a la retroactividad de la ley, pues si dos normas contemplan el mismo supuesto jurídico, en el caso de reforma a una de ellas todo acto u hecho jurídico se deberá regular conforme a lo dispuesto en la nueva norma.

La validez de la norma jurídica para Hans Kelsen reside en que haya sido creada por el órgano competente y no hubiere sido anulada ya sea mediante el procedimiento legislativo correspondiente, o porque el orden jurídico hubiere perdido su eficacia totalmente al no tener más una significación subjetiva para el individuo. Kelsen afirma que la manera ordinaria de terminar la vigencia de una norma es a través de la entrada en vigor de una norma posterior que prevea la misma figura jurídica, lo que ocurre en nuestro tema de estudio, mediante la reforma constitucional del año 2008; para el autor alemán, tratándose de una norma constitucional, esta debe presuponerse como válida al ser una norma originaria.

De acuerdo con el criterio del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en atención a la Teoría de los componentes de la norma, para resolver acerca de la aplicabilidad de la retroactividad de la ley es necesario determinar las hipótesis que pueden presentarse. La primera hipótesis se presenta cuando durante la vigencia de la norma, se actualiza inmediatamente el supuesto y consecuencia contemplada por dicha norma, en cuyo caso no se acreditan los extremos para la aplicación de una ley posterior que modifique el supuesto o consecuencia. La segunda hipótesis se conforma cuando la norma contempla un supuesto de hecho y varias consecuencias jurídicas; así cuando durante la vigencia de la norma se actualiza el supuesto o supuestos contemplado en tal, por lo que si ocurre una actualización legislativa ninguno de los actos ejecutados podrá ser objeto de aplicación retroactiva de la ley, por lo que hablamos de una retroactividad parcial.

³⁸⁷ RAZ, Joseph, “*El concepto de Sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*”, traducido por Tamayo y Salmorán, Rolando, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 21 de mayo del 2015. <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=877>

Finalmente el tercer supuesto que contempla un supuesto más complejo que los casos anteriores, pues se refiere a que el supuesto previsto por la ley contempla actos parciales o sucesivos y una consecuencia; en este caso una ley posterior no puede modificar lo ejecutado durante la vigencia de la norma anterior, “pero en cuanto al resto de los actos componentes del supuesto que no se ejecutaron durante la vigencia de la norma que los previó, si son modificados por una norma posterior, ésta no puede considerarse retroactiva”.³⁸⁸

En su tesis P./J. 37/2015 (10a.), la Suprema Corte de Justicia de la Nación³⁸⁹ sostiene que para estudiar si una norma vulnera el derecho a la irretroactividad, debe ser analizada bajo la teoría de los componentes de la norma, conforme a la norma se integra por un supuesto y una consecuencia, el primero de ellos que puede integrarse por diversos actos parciales sucesivos, y una consecuencia que es fuente de obligaciones.

Las interpretaciones que realizan los tribunales federales para conocer los alcances de la garantía de retroactividad de la ley, están siempre en función de determinar si una norma puede o no puede ser considerada retroactiva, en función de la prohibición constitucional establecida en el diverso 14 de nuestra Carta Fundamental. En la primera tesis referida, la Segunda Sala ha dejado claro que la ley nueva únicamente podría afectar las consecuencias, aún no producidas, *facta pendencia*, cuando con ello no se destruya o afecte en perjuicio del interesado la situación jurídica consumada, generadora de su derecho sustentada en la normatividad derogada,³⁹⁰ de ahí que es innegable que la influencia que tiene la Teoría de los Derechos adquiridos, toda vez que se pretende erradicar cualquier tipo

³⁸⁸ RETROACTIVIDAD, EL ARTÍCULO 426, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL NO ES RETROACTIVO, Semanario Judicial de la Federación, Pleno, 8ª época, t. IV primera parte, julio-diciembre de 1989, tesis LI/89, p.111.

³⁸⁹ SERVICIO PROFESIONAL DOCENTE. LOS ARTÍCULOS 52, 53 Y NOVENO TRANSITORIO DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO VULNERAN EL DERECHO A LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY EN PERJUICIO DEL PERSONAL DOCENTE CON NOMBRAMIENTO PROVISIONAL A SU ENTRADA EN VIGOR. Época: Décima Época Registro: 2009993 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I Materia(s): Constitucional Tesis: P./J. 37/2015 (10a.) Página:16.

³⁹⁰ SILVA García, Fernando y Villeda Ayala, Alfredo, Op. cit., p.208.

de aplicación retroactiva de la ley cuando contravenga los principios jurídicos y en el caso, derechos fundamentales de los individuos.

En cuanto a la tesis referente a la Ley General del Servicio Profesional Docente, es curioso en primer término, que dicha interpretación obedece a intereses políticos, pues legitima una decisión tomada desde la administración central en cuanto a la llamada reforma educativa, interpretación coherente con lo afirmado por la teoría en estudio, toda vez que a fin de cuentas nos encontramos ante una hipótesis general prevista por la propia Suprema Corte, con anterioridad a los hechos que en la tesis se estudian. Finalmente respecto a esto último también resalta el término de expectativa de derecho utilizado por Merlin en la tesis de los Derechos Adquiridos para diferenciar la expectativa de derecho que tenían los individuos sujetos a contrato provisional, para ser contratados de manera definitiva, lo que no constituye un derecho adquirido sino solo es el contrato provisional.

Otro caso que hace patente la utilización de la Teoría en referencia, es la resolución dictada por el Décimo tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito que en su tesis 13o.C.6 K (10a.), en la que estudia lo ordenado por el artículo 114, fracción III, de la Ley de Amparo abrogada, que regulaba la procedencia del juicio de garantías resolución definitiva dictada en procedimiento de remate, lo que se contrapone con el artículo 107, fracción IV, de la Ley de Amparo vigente, que establece la procedencia del juicio de garantías contra resolución que ordena el otorgamiento de escritura y la entrega de los bienes rematados; de esa manera el Tribunal en cita, haciendo uso de los principios referidos por la Suprema Corte respecto de la teoría de los componentes de la norma, resuelve en el sentido de que el supuesto y la consecuencia, concurren en un mismo momento durante la vigencia de la ley anterior, entonces la ley posterior no puede aplicarse toda vez que el quejoso estaba sujeto a su observancia y en ese sentido se actualizaron las condiciones para comparecer al juicio de garantías.

Las tres hipótesis planteadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia en su tesis P./J. 37/2015, dejan clara la intencionalidad de nuestro máximo tribunal para establecer criterios sólidos respecto de la retroactividad de la ley, al punto que se ha elaborado una teoría bastante consistente, para diferenciar las situaciones en que la sucesión de leyes a través del

tiempo y la aplicación de las leyes posteriores debe o no debe ser aplicada, ello en función de no afectar el beneficio de no retroactividad de la ley.

En razón de lo anterior, podemos afirmar que la Suprema Corte considera en términos generales que existe violación al derecho de irretroactividad de la ley cuando la ley nueva o su aplicación modifica o restringe supuestos jurídicos y sus consecuencias nacidos bajo la vigencia de una norma anterior, “lo que no sucede cuando se está en presencia de situaciones que aún no se han realizado, o consecuencias no derivadas ni vinculadas a los supuestos regulados en la ley anterior, pues en tales casos sí se permite que la nueva ley las regule”.³⁹¹ Esta última parte implica que en los casos en que los casos complejos constituidos por diversos actos sucesivos, en lo referente a aquellos que no se han realizado, entonces la retroactividad de la ley no vulnera el derecho fundamental contemplado por el artículo 14 constitucional.

3.7. La retroactividad de la ley más benéfica.

Tradicionalmente se ha considerado que la interpretación en contrario sensu del artículo 14 constitucional se traduce en la aplicación de la ley más benéfica; lo que ocurre en realidad es que se hace una excepción a la aplicabilidad de la norma vigente en el momento en que ocurrieron los hechos para que sean valorados conforme a una norma posterior, inexistente entonces, pero que preserva mejor los valores de seguridad jurídica y justicia. En ese sentido afirma Carla Huerta que “La capacidad de una norma de operar de manera diferenciada en el tiempo se fundamenta, asimismo, en razones de certeza jurídica y de justicia... esta forma de aplicación de las normas no atenta contra las ideas de unidad y coherencia del sistema jurídico”.³⁹² En el mismo sentido agrega que el principio general de derecho que establece que las normas jurídicas no deben aplicarse retroactivamente en perjuicio de persona alguna, lo que constituye una limitación al legislador, más no un

³⁹¹ *Ibidem.*, p.209.

³⁹² HUERTA, Ochoa, Carla. “*Sobre la validez temporal de las normas. la retroactividad y ultraactividad de las normas en el sistema jurídico*”. *Op. cit.*, P.288.

impedimento para la aplicación retroactiva de las normas, cuando justificadamente así es determinado por el sistema.³⁹³

La retroactividad de las normas favorables es una figura que nos demuestra la voluntad política de las autoridades para brindar a la población normas jurídicas que reflejen los valores de respeto a la cultura de legalidad, progresividad de las leyes y justicia “... cabe recordar que el principio de irretroactividad es una garantía de seguridad jurídica cuyo fin es limitar la actividad del poder público para que no afecte la esfera del particular. Se trata de preservar el Estado de derecho en función de los principios de legalidad y certeza”.³⁹⁴

De tal manera podemos considerar ésta como una garantía de seguridad jurídica a modo de límite para las autoridades en beneficio de los individuos; así lo resolvió la Primera Sala de nuestro máximo tribunal en su tesis titulada “Retroactividad de la ley penal más benéfica”,³⁹⁵ que nos remite a la garantía de irretroactividad de la ley contemplada por el artículo 14 constitucional que ordena que la ley penal material o sustantiva es aplicable solo durante su vigencia temporal, e interpretado a contrario sensu existe una excepción a este principio que es la aplicación de la ley posterior más favorable en sus efectos al delincente.

La anterior tesis jurisprudencial se refiere específicamente a la materia penal y al beneficio del delincente para la aplicación retroactiva de la ley; dato relevante para entender el alcance de esta garantía en nuestro tema de estudio, toda vez que la retroactividad de la ley más benéfica como garantía constitucional no es una norma absoluta, sino que se limita a materias en la que los bienes jurídicos en pugna son los más valiosos, en el caso la libertad personal, el acceso a la justicia y la presunción de inocencia.

³⁹³ Ídem.

³⁹⁴ Huerta, Ochoa, Carla, “*Retroactividad en la Constitución*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 17 de mayo del 2017. P. 591. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2389/19.pdf>.

³⁹⁵ RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS BENÉFICA. No. Registro: 259,203. Tesis aislada. Materia: Penal. Sexta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Segunda Parte, CI, P. 50.

La Suprema Corte, al respecto, refiere lo siguiente: "... La citada garantía debe entenderse como el derecho del gobernado a reclamar la inconstitucionalidad de cualquier ley que se le pretenda aplicar retroactivamente en su perjuicio, pero no como un derecho para exigir que se le aplique determinada ley en forma retroactiva simplemente porque le favorezca, máxime en una materia como la fiscal, en que las normas respectivas son de observancia estricta...".³⁹⁶

Así, tenemos que la retroactividad de la norma más benéfica no es la regla general de nuestro sistema jurídico, sino que para su aplicación se excluyen materias de estricta formalidad como la fiscal, civil, mercantil, pues de lo contrario nos encontraríamos ante una inseguridad jurídica proveniente de cierta expectativa social de reformas al marco normativo, con la esperanza de que una nueva norma llegase a invalidar actos que no han sido convenientes.

La Doctora Carla Huerta en su estudio de la retroactividad en la constitución, publicado por el Instituto de Ciencias Jurídicas de la UNAM, plantea la posibilidad de considerar que las reformas a la constitución deben ser retroactivas para los casos pendientes de resolución, especialmente cuando se conceden derechos a la persona; para ello parte del hecho de que la norma constitucional tiene características únicas, toda vez que a partir de ella se elabora el sistema normativo de un país, que a su vez será interpretado de acuerdo al esquema de significaciones que de ella emanan.³⁹⁷

Lo anterior tiene su fundamento en la supremacía constitucional y especialmente a la reforma en materia de derechos humanos por el que se integran los principios de interpretación conforme y pro persona a nuestro sistema jurídico; cabe puntualizar que la propia autora se refiere a que las normas constitucionales pueden tener aparejada la retroactividad para los casos pendientes de resolución, en concreto, sobre aquellos en los que existe la posibilidad de ampliar el ejercicio de un derecho, razonamiento que en todo caso puede servir como sustento para la aplicación de la retroactividad de la ley en materia

³⁹⁶ RETROACTIVIDAD DE LA LEY, No opera en materia fiscal, aun cuando sea favorable al causante, *Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito*, 8^a. Época, t. I, segunda parte-2, enero-junio 1988, P. 605.

³⁹⁷ HUERTA Ochoa, Carla et. al, "*Retroactividad en la Constitución*", Op. cit. P.596.

de prisión preventiva oficiosa, toda vez que mediante la reforma constitucional se amplía la gama de derechos procesales.

En este momento es prudente referir que tanto la jurisprudencia como la doctrina han distinguido los casos en que la retroactividad de la norma más benéfica es procedente no solo en razón de la materia, sino también considerando el tipo de norma jurídica en cada caso concreto, y el criterio más aceptado es que en relación de la función de la disposición jurídica puede o no puede proceder dependiendo de si ésta es adjetiva o sustantiva.³⁹⁸ Este es uno de los puntos cruciales para los resultados de nuestra investigación, toda vez que la procedencia de la prisión preventiva oficiosa para el imputado durante el enjuiciamiento es una cuestión meramente procedimental contemplada por el diverso 19 constitucional, así como por los relativos del Código Nacional de Procedimientos penales; no obstante y dada la trascendencia de este punto, realizaremos un estudio más profundo adelante y a continuación nos referiremos a la retroactividad de la ley en materia penal.

3.7.1. Retroactividad en materia penal.

El criterio de aplicación retroactiva de la ley que prevalece en materia penal opera en función del objetivo del procedimiento punitivo, que es indagar los hechos, proteger a la víctima, deslindar responsabilidades y, procurar que el culpable sea sancionado; respetando en todo momento los derechos fundamentales de las partes, especialmente los derechos del inculpado quien se enfrenta tanto a la fiscalía acusadora como a los intereses de la víctima. En esa función en materia penal la protección de bienes jurídicos como la vida y la libertad, requiere en forma obligatoria la aplicación retroactiva de la norma más benéfica, pues de otra manera se pueden causar daños irreparables al individuo a manos del propio Estado.

En nuestro marco normativo, la prohibición de retroactividad está contemplada en el primer párrafo del artículo 14 constitucional que reza “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.”, y como lo hemos referido, esta disposición

³⁹⁸ HUERTA, Ochoa, Carla, “*Sobre la validez temporal de las normas. la retroactividad y ultraactividad de las normas en el sistema jurídico*”. Op. cit. P. 270.

interpretada en contrario sensu da origen al derecho fundamental a la retroactividad de la norma más favorable al reo, y que es materia de diversas interpretaciones doctrinarias y judiciales. El Código Penal Federal es más explícito en este tema, pues en su artículo 56 se expresa de manera literal este derecho que tienen todos los individuos sujetos a proceso e incluso aquellos a quienes se les ha dictado sentencia condenatoria.

Artículo 56 del Código Penal Federal.- Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculcado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma.

Es tan importante lo que se refiere a la retroactividad de la norma más favorable, que incluso el legislador ordena que si existiere alguna reforma legal que beneficie al imputado, procesado o sentenciado, la autoridad de manera oficiosa deberá en el ámbito de su competencia, "...por lo que se concluye que en la legislación mexicana, no solo se permite la retroactividad, sino que está legítimamente ordenada cuando sea la más favorable al inculcado o al sentenciado".³⁹⁹

Sin embargo este derecho no es irrestricto, pues depende de múltiples variables para que la autoridad pueda determinar cómo eficaz, una norma que aún no era no vigente al momento en que sucede un acto y su o sus consecuencias se presentan; labor que está a cargo de nuestros tribunales federales, quienes en ejercicio de su potestad emiten criterios interpretativos de las normas para guiar al resto de las autoridades en su aplicación.

3.7.2. Interpretaciones jurisdiccionales de la retroactividad de la ley penal.

La jurisprudencia y tesis aisladas emitidas por las autoridades jurisdiccionales ha variado y se ha especializado enormemente desde que se inicia la interpretación de nuestra norma fundamental en los años posteriores a su publicación, en la llamada Quinta Época, hasta

³⁹⁹ GARCÍA Saavedra, José David. Op. cit. P.304.

nuestros días; en este apartado haremos una reseña de algunos de los criterios más significativos ya sea en función de la autoridad que la emite, o de su fuerza jurisprudencial. En criterio emitido a inicios de la década de 1930, la Primera Sala de la suprema Corte de Justicia en una interpretación bastante general acepta simple y llanamente la posibilidad y la obligatoriedad de las autoridades para aplicar retroactivamente una norma más benéfica a favor del inculcado en materia penal;⁴⁰⁰ si bien consideramos que este criterio es bastante simple, nos marca un lineamiento bastante claro respecto de la importancia de la aplicación de las leyes más favorables para los individuos sujetos a un proceso criminal.

No obstante durante la misma época la propia Primera Sala de nuestro máximo tribunal emitió un criterio aislado denominado “Retroactividad de la ley penal”,⁴⁰¹ en el que se establece un límite para el derecho de la retroactividad de las leyes más favorables al reo, en el sentido de llegar a permitir la imposición de una sanción no contemplada por la ley vigente al momento en que sucedieron los hechos que posteriormente se sancionan. Esto nos demuestra que en todo momento ha existido una fuerte influencia de las políticas públicas, específicamente de las políticas criminales en los órganos de impartición de justicia, al punto de llegar a controvertir principios básicos del derecho penal, lo que consecuentemente origina inseguridad jurídica.

Ya en la Sexta Época, nuevamente la Primera Sala de la Suprema Corte en su tesis aislada titulada “Retroactividad de la ley penal más benéfica”⁴⁰² se pronuncia en el sentido de permitir de manera excepcional la retroactividad de las leyes penales sustantivas o materiales cuando fueren más favorables al reo. En el mismo lapso la Corte de Justicia emite una tesis jurisprudencial denominada “Retroactividad de la ley penal más benéfica

⁴⁰⁰ RETROACTIVIDAD EN MATERIA PENAL. Época: Quinta Época Registro: 314088 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo XXXII Materia(s): Penal Tesis: Página: 256.

⁴⁰¹ RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL Época: Quinta Época Registro: 314323 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo XXXI Materia(s): Penal Tesis: Página: 1710.

⁴⁰² RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MAS BENÉFICA. Época: Sexta Época Registro: 259203 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen CI, Segunda Parte Materia(s): Penal Tesis: Página: 50.

(legislación de Tlaxcala)”,⁴⁰³ en el que se hace un análisis de lo ordenado por el código sustantivo de la materia que en su artículo 38 ordena expresamente la aplicación retroactiva de la ley más favorable al reo, aun cuando hubiere sido dictada sentencia en segunda instancia existiera pendiente de resolución el juicio de garantías. Ambos criterios que nos demuestran el carácter proteccionista de dicha institución, así como el hecho de que con el transcurso de las décadas la interpretación jurisprudencial se ha especializado en temas particulares en materia de retroactividad de la ley penal.

En lo que respecta a la Séptima y Octava Época que comprende desde el inicio de la década de 1970 hasta 1992, el tema de la retroactividad penal no fue abordado en profundidad por las autoridades jurisdiccionales, sin embargo, encontramos una tesis emitida de nuevo por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia titulada “Irretroactividad de la ley penal (legislación del estado de Nuevo León)”,⁴⁰⁴ refiere en que la pena de muerte fuera conmutada, se fijaría un término de veinticinco años de prisión; sin embargo, durante el plazo en que se dictó la sentencia y se realizó la solicitud de conmutación hubo una reforma al código punitivo del estado en el que el término se aumentó a treinta años; en razón de lo anterior, nuestro máximo tribunal consideró que no se violentó el derecho a la irretroactividad, toda vez que antes de que se solicitara la conmutación, la misma era solo una expectativa de derecho, mas no importaba que éste ya estuviera dentro del ámbito de acción del quejoso.

Ya en la Novena Época comenzaron a abundar interpretaciones especializadas respecto a la retroactividad de la ley penal. A continuación referiremos las tres tesis más relevantes para nuestro tema de estudio; la primera de ellas resulta muy interesante en relación a las teorías de retroactividad planteadas por la dogmática y los tribunales nacionales, pues aborda un tema preciso de retroactividad de la ley desde la perspectiva de

⁴⁰³ RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MAS BENÉFICA (LEGISLACIÓN DE TLAXCALA). Época: Sexta Época Registro: 802919 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen IV, Segunda Parte Materia(s): Penal Tesis: Página: 120.

⁴⁰⁴ IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Época: Séptima Época Registro: 234308 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen 175-180, Segunda Parte Materia(s): Penal Tesis: Página: 85.

la teoría de los componentes de la norma; criterio emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia,⁴⁰⁵ por lo que es vinculante a todas las autoridades competentes en su ámbito de acción. La tesis en comento se refiere a que el artículo 132 en su fracción V del Código procedimental penal de Querétaro, prevé que la libertad caucional puede ser revocada cuando el delito que se enjuicia sea considerado grave por reforma posterior; al respecto el Pleno de la Suprema Corte consideró que se vulnera el principio de irretroactividad toda vez que en función de la teoría de los componentes de la norma considera que si las consecuencias de un acto se presentan dentro de la vigencia de una ley, entonces esta debe regir todo lo actuado y ley posterior no puede modificar lo actuado, “esto aún más evidente en el caso penal, pues los beneficios mencionados tienen impacto directo en el derecho fundamental a la libertad personal... dado que la libertad, en cualquiera de sus manifestaciones, es inherente a la naturaleza del hombre y es tutelada a través de los derechos que otorga el derecho penal”.

En Jurisprudencia emitida en la novena época por la Primera Sala de nuestro más alto Tribunal, denominada “Retroactividad de la ley y aplicación retroactiva. Sus diferencias”,⁴⁰⁶ se diferencia entre las dos figuras concluyendo que la retroactividad consiste en el estudio de si una norma tiene vigencia o aplicación respecto de derechos adquiridos o situaciones jurídicas acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor; por su parte la aplicación retroactiva de una norma consiste en la verificación de que los actos administrativos o jurisdiccionales estén fundados en normas vigentes, y que en caso de un conflicto de normas en el tiempo se aplique la que genere un mayor beneficio al particular.

⁴⁰⁵ LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL ARTÍCULO 132, FRACCIÓN V, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE QUERÉTARO, MODIFICADO MEDIANTE LEY QUE REFORMA DIVERSAS DISPOSICIONES DE ÉSTE, PUBLICADA EN EL PERIÓDICO OFICIAL LOCAL EL 25 DE FEBRERO DE 2011, TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA RECONOCIDOS, RESPECTIVAMENTE, EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Época: Décima Época Registro: 2006149 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 5, Abril de 2014, Tomo I Materia(s): Constitucional Tesis: P./J. 28/2014 (10a.) Página: 406.

⁴⁰⁶ RETROACTIVIDAD DE LA LEY Y APLICACIÓN RETROACTIVA. SUS DIFERENCIAS. Época: Novena Época Registro: 162299 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXXIII, Abril de 2011 Materia(s): Constitucional Tesis: 1a./J. 78/2010 Página: 285.

De tal manera y hablando de la manera más técnica, lo que se pugna en la hipótesis de este proyecto de tesis no es la retroactividad de la ley procesal en beneficio del reo en materia de prisión preventiva oficiosa, sino por su aplicación retroactiva, en función de los beneficios que podría acaecer para su libertad personal mientras se desahoga el proceso y se le dicta sentencia.

La siguiente tesis denominada “Retroactividad de la ley penal,” establece que si surge una ley más favorable al reo después del dictado de la sentencia de segunda instancia impugnada, sobreviene un motivo de inconstitucionalidad reparable en amparo directo.”;⁴⁰⁷ refiere que en los casos en que se dicte alguna sentencia condenatoria y mientras se resuelve el juicio de garantías se reforma la pena o incluso desaparece el tipo penal por el que se condenó al quejoso, es obligación de la autoridad jurisdiccional apearse en su resolución a lo ordenado por el diverso 14 constitucional toda vez que en el subyace el principio penal *nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege*, pues sería ilegal imponer una pena o confirmar la pena impuesta sin observar lo ordenado por la propia norma; de esa manera el acto puede ser reparado mediante el juicio de garantías a través de la concesión del amparo y la protección de la Justicia Federal.

Este criterio nos deja claro la voluntad del Tribunal Colegiado para hacer valer su rol como autoridad proteccionista de los individuos, pues reconoce esta situación como una excepción a la regla de que el juez de amparo al emitir su resolución debe apreciar el acto reclamado tal como se encuentre acreditado en autos, sin embargo y dada la importancia de los bienes jurídicos en pugna, la autoridad jurisdiccional opta por reconocer este como un caso sui generis en materia de amparo todo para dar cabal cumplimiento al mandato de retroactividad de la ley a favor del reo.

⁴⁰⁷ RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL. SI SURGE UNA LEY MÁS FAVORABLE AL REO DESPUÉS DEL DICTADO DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA IMPUGNADA, SOBREVIEENE UN MOTIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD REPARABLE EN AMPARO DIRECTO. Época: Novena Época Registro: 162477 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXXIII, Marzo de 2011 Materia(s): Constitucional, Común Tesis: VII.1o.(IV Región) 12 P Página: 2423.

Las dos tesis anteriores demuestran el carácter proteccionista que tiene el principio de retroactividad a favor del reo. La primera referida lo hace respecto de la protección de la libertad personal del inculpado durante el desarrollo del procedimiento, impidiendo que una ley procesal posterior atente contra este derecho al calificar como grave, no merecedor del beneficio de libertad caucional; valoración que nuestro más alto tribunal considera vulnera el derecho a la irretroactividad de la ley atento a la teoría de los componentes de la norma y a la materia de que se trata y las consecuencias negativas para el individuo en sus mayores bienes jurídicos, así lo expresa la Doctora Carla Huerta al afirmar que “En materia penal la aplicación retroactiva no solamente es posible sino obligatoria cuando tenga el carácter de más benéfica, ya que de otra manera se pueden causar daños irreparables. La regla distingue, no obstante, entre las normas adjetivas y las sustantivas, por lo que conforme a la jurisprudencia no pueden darse efectos retroactivos a las normas procedimentales penales”.⁴⁰⁸ Por su parte, el segundo criterio referido igualmente protege al individuo para que se le aplique la norma que más benéfica le sea, en este caso no en cuanto a una norma procesal, sino en cuanto a la existencia del tipo penal por el que se le sentencia, confirmando que en cuanto a leyes sustantivas se refiere, siempre se deberá aplicar la que menos perjuicios cause al imputado atento a la retroactividad de las leyes y al principio de legalidad.

La siguiente tesis también corresponde a la Novena Época de la jurisprudencia de nuestro sistema de justicia y es una muestra clara de la contradicción de criterios existente entre los órganos federales de impartición de justicia, pues contraviene en esencia lo afirmado por lo referido en una de las tesis anteriormente analizadas. En este caso la tesis emitida Por el Quinto Tribunal Colegiado en materia penal del Primer Distrito, con número de registro electrónico 190302,⁴⁰⁹ establece que respecto a la retroactividad de la ley

⁴⁰⁸ HUERTA Ochoa, Carla, HUERTA Ochoa, Carla et. al, “*Retroactividad en la Constitución*”, Op. cit. P.598.

⁴⁰⁹ LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. NO EXISTE RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN PERJUICIO DEL QUEJOSO, SI SE LE NIEGA POR TRATARSE DE DELITO GRAVE, AUN CUANDO LOS HECHOS QUE SE LE ATRIBUYEN ACONTECIERON EN LA ÉPOCA EN QUE SU CONDUCTA DELICTIVA NO ERA CONSIDERADA GRAVE. Época: Novena Época Registro: 190302 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis:

procesal, es viable la aplicación de una norma posterior cuando esta califique como grave un delito que no era considerado como tal por la norma vigente en que supuestamente sucedieron los hechos por los que se procesa al individuo; para arribar a tal conclusión el tribunal afirma que dentro del sistema inquisitivo mixto en el que cada entidad federativa era soberana para imponer prisión preventiva por los delitos que se consideraban graves en su legislación en razón de la media aritmética de su punibilidad, se excedía los cinco años de prisión, entonces no se debía conceder el beneficio de la libertad caucional. Así la autoridad emitente concluye que en el caso no se trata de la aplicación retroactiva de la ley procesal toda vez que ésta en el caso depende de la ley sustantiva, y si esta es reformada, entonces el procedimiento debe continuar bajo las nuevas disposiciones.

Es muy interesante remarcar lo postulado por el criterio en estudio, toda vez que además de contradecir lo postulado por la propia Suprema Corte, y se desconoce el principio de retroactividad a favor del reo al aplicar una norma no vigente al momento en que se cometió el delito que se investiga; pero más importante es el que en este caso la autoridad resolutora opta por aplicar materialmente de forma retroactiva una ley procesal por la modificación de una ley sustantiva improcedente. Como lo hemos referido, la prisión preventiva *per se* es una institución que atenta contra la presunción de inocencia, la libertad de tránsito y en el caso de que sea oficiosa, también vulnera el derecho a la impartición de justicia al no permitir debate alguno respecto a su imposición, por lo que su imposición tanto en la legislación como en las resoluciones judiciales deben apearse a los principios de esta medida cautelar; sin embargo, la autoridad resolutora omite hacer caso alguno a la trascendencia de dicha institución para el quejoso y opta por considerar viable que la modificación de la ley sustantiva penal tenga repercusión en la aplicación de la norma adjetiva aun cuando a todas luces es perjudicial para el imputado.

Recordemos que a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en el año 2011, surge un nuevo sistema de interpretación normativa de acuerdo al cual todas las autoridades administrativas, legislativas y judiciales deben elegir e interpretar

la norma más benéfica en la resolución de las cuestiones ante ellas planteadas; de ahí **que** en nuestro sistema jurisprudencial nace la décima época bajo un nuevo paradigma proteccionista del individuo. En materia penal esto implica que se deben respetar en todo momento en la mayor medida posible los derechos tanto de la víctima u ofendido, como del propio inculpado; esto implica una serie de valoraciones complejas para las autoridades, especialmente para aquellas encargadas de la emisión de criterios jurisprudenciales pues sirven de guía para el resto de los órganos de administración de justicia.

En las tesis que a continuación referiremos se vislumbra este cambio interpretativo de una manera peculiar, pues a pesar de que Constitucionalmente se ordena la aplicación de las leyes más favorables para la persona, en algunos casos esto no es del todo cumplimentado por las autoridades en la emisión de sus criterios. En el primer caso,⁴¹⁰ se resuelve una contradicción de criterios existente entre lo postulado por diversos Tribunales Colegiados del Primero, Cuarto y Séptimo Circuito judicial, en el que se debate la aplicación de la Ley de ejecución de sanciones penales y reinserción social para el Distrito Federal que contempla un beneficio respecto a los individuos sancionados por el delito de secuestro en términos de la Ley General para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro; en conclusión el criterio en cita resuelve que es inaplicable la norma más benéfica al quejoso toda vez que en función del principio de supremacía de leyes, debe aplicarse la norma vigente dictada por el Congreso de la Unión, y no la dictada por la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal.

La siguiente tesis que analizaremos también perteneciente a la Décima época, titulada “Irrretroactividad de la ley. Este principio no opera tratándose del inicio del

⁴¹⁰ REMISIÓN PARCIAL DE LA PENA. ES IMPROCEDENTE CONCEDER ESTE BENEFICIO A LOS SENTENCIADOS POR EL DELITO DE PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD (SECUESTRO), EN TÉRMINOS DE LA LEY GENERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LOS DELITOS EN MATERIA DE SECUESTRO, REGLAMENTARIA DE LA FRACCIÓN XXI DEL ARTÍCULO 73 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE NO TIENE APLICACIÓN RETROACTIVA EN SU BENEFICIO LA LEY DE EJECUCIÓN DE SANCIONES PENALES Y REINSERCIÓN SOCIAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Época: Décima Época Registro: 2011135 Instancia: Plenos de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 27, Febrero de 2016, Tomo II Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: PC.I.P. J/20 P (10a.) Página: 1732.

cómputo del plazo para la prescripción de la acción penal establecido en el artículo 108, fracción VI, del Código Penal para el Distrito Federal, cuando la víctima fuere menor de edad respecto de los delitos tipificados en el libro segundo, títulos quinto y sexto, del propio código”,⁴¹¹ y se remite a la tesis denominada "Retroactividad de las leyes procesales. No existe por regla general", que establece que las normas procesales otorgan el derecho a los individuos para participar en cada etapa del procedimiento, concluyendo que no puede existir retroactividad mientras no se prive de alguna facultad con que ya se contaba.

Así al hacer el estudio de la prescripción de la sanción ordenada por una norma adjetiva, concluye el tribunal que cuando la víctima fuere menor de edad, no opera el principio de irretroactividad de la ley en razón de que para la prescripción de la sanción no impera el principio *tempus regit actum*, en razón de que esta es solo una expectativa de derecho y el poder legislativo dada la gravedad y naturaleza de la conducta tipificada, está facultado para ampliar los plazos de la prescripción; de ahí que si durante el transcurso en que se consuma el plazo para la prescripción de la acción penal, la norma sustantiva es transformada, entonces el plazo para que esta acción opere y entre en ámbito de ejercicio del particular se amplía en función de la norma posterior.

3.8. Retroactividad de la ley procesal.

Para abordar este tema es necesario comenzar por entender la diferencia entre una norma material y una norma procesal; Herbert Hart encuentra la diferencia entre estos dos tipos de normas en el hecho de que las primeras regulan los actos de los particulares a modo de normas permisivas, prohibitivas o prescriptivas, mientras que las normas procesales

⁴¹¹ IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. ESTE PRINCIPIO NO OPERA TRATÁNDOSE DEL INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 108, FRACCIÓN VI, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CUANDO LA VÍCTIMA FUERE MENOR DE EDAD RESPECTO DE LOS DELITOS TIPIFICADOS EN EL LIBRO SEGUNDO, TÍTULOS QUINTO Y SEXTO, DEL PROPIO CÓDIGO. Época: Décima Época Registro: 2009519 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 19, Junio de 2015, Tomo III Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: I.6o.P.63 P (10a.) Página: 2246.

conceden facultades a los órganos del estado para hacer declaraciones de derechos u obligaciones contempladas en las normas materiales.⁴¹²

Arturo Valenzuela define a las leyes procesales como aquellas que establecen la manera y medios para lograr mediante el procedimiento judicial o administrativo, la aplicación de normas materiales, en especial aquellas que constituyen la relación de las partes y la autoridad en el proceso; para este autor el derecho procesal tiene dos objetivos, el primero es regular la condición jurídica de los órganos jurisdiccionales y de las partes y, el segundo es regular la forma de actuación de las normas materiales; para este autor la principal diferencia que existe entre las normas materiales y las procesales es que las primeras contemplan los bienes jurídicos considerados como fines en sí mismos, mientras que los segundos son los medios para lograr la tutela en juicio o procedimiento administrativo de tales bienes.⁴¹³

Por su parte el maestro Eduardo García Máñez define al Derecho procesal como “el conjunto de reglas destinadas a la aplicación de las normas de derecho a casos particulares, ya sea con el fin de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el propósito de que los órganos jurisdiccionales declaren la existencia de determinada obligación y, en caso necesario, ordenen que se haga efectiva”.⁴¹⁴ Con los elementos aportados podemos afirmar que las normas procesales son aquellas que rigen la manera en como el derecho material ha de ser impuesto en una resolución individualizadora por parte de la autoridad ya sea judicial o administrativa, en la que se pronuncia respecto de la pretensión ejercitada por alguna de las partes en la contienda.

⁴¹² CÁRDENAS, Gracia, Jaime, “*Introducción al estudio del Derecho*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Nostra ediciones, México 2009, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el cuatro de agosto del 2016.

<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3260/1.pdf>

⁴¹³ VALENZUELA, Arturo, “*Naturaleza de la Ley Procesal*”, artículo visible en el sitio web oficial del Instituto de la Judicatura Federal, consultado el 12 de marzo del 2016.

<http://www.ijf.cjf.gob.mx/Docs/2011/DerProcesalCivil/Valenzuela/Parte3/Capitulo1.pdf>

⁴¹⁴ GARCÍA Máñez, Eduardo, Op. cit., p.143.

García Máynez expresa que solo puede hablarse de retroactividad de las normas procesales cuando la norma posterior restrinja las consecuencias jurídicas de un hecho de naturaleza procesal nacido bajo el cobijo de una norma anterior, y citando al aclamado jurista Francesco Carnelutti quien afirma que “La aplicación de la norma procesal posterior no queda excluida por la circunstancia de que los hechos cuya eficacia jurídica se discute, hayan ocurrido mientras estaba en vigor una ley procesal distinta, sino únicamente por la circunstancia de que, durante la vigencia de ésta, hayan ocurrido los hechos a que se atribuye la eficacia jurídica procesal”.⁴¹⁵

El procesalista español Juan Manuel Alonso Furelos en el año 2014 publicó en la revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia un artículo denominado “Efectos de la sucesión temporal de leyes iniciado el proceso”,⁴¹⁶ que comprende una vasta compilación del tema de retroactividad, irretroactividad y ultraactividad precisamente en asuntos en los que el proceso ya se ha entablado, es decir, se pretende conocer cuáles son los efectos jurídicos que produce la sucesión temporal de las normas en los procesos abiertos, en dicha publicación en principio refiere que en materia penal la norma material es aquella que contiene los tipos penales, es decir, el catálogo de conductas prohibidas y sus respectivas sanciones; como lo hemos referido, la interpretación de la retroactividad a favor del reo comúnmente se rige bajo la premisa *tempus regit actum*, que en términos generales limita a contemplar la retroactividad de la ley penal solo cuando la sanción es reducida mediante reforma posterior, o desaparece el tipo penal por el que se ha condenado, por ello “son por tanto las normas materiales no las procesales las que conceden derechos u obligaciones materiales...”,⁴¹⁷ no obstante no debemos olvidar lo referente a que las normas procesales son el medio para alcanzar los derechos contenidos en normas materiales, especialmente en las normas que contienen derechos humanos y sociales.

⁴¹⁵ *Ibidem.*, p.401.

⁴¹⁶ ALONSO Furelos, Juan Manuel, *Op. cit.*, pp.37 y 38.

⁴¹⁷ *Ibidem.*, p.69.

3.8.1. Litispendencia.

Toda vez que entendemos la naturaleza de las normas procesales y del Derecho Procesal, nos enfocaremos en la retroactividad de normas procesales cuando existe un proceso penal iniciado mas no concluido, es decir, nos encontramos ante un caso en el que la Litis está entablada y pendiente de resolución. El término de la litispendencia en sentido amplio se refiere al “inicio del procedimiento y determinación de las normas procesales de mero trámite que lo rigen aunque en sentido más técnico sea el inicio del proceso o de la Litis... en sentido estricto equivale a la determinación de los elementos subjetivos y objetivos del proceso y los efectos que produce”.⁴¹⁸ Es común que el término litispendencia se emplee también en la materia civil a modo de excepción, cuyo sustento es la existencia de dos o más juicios con identidad procesal en las causas, cosas, personas y calidad de su intervención en los juicios. En este caso nuestro interés principal es el momento en la determinación de las leyes procesales dentro de un proceso judicial a partir del momento en que existen los elementos necesarios para hablar propiamente de la existencia de la Litis o conflicto.

En materia penal hay diversos postulados para determinar cuando la Litis existe propiamente, algunos autores manifiestan que ésta inicia con la actividad investigadora del fiscal, mientras que otros refieren que inicia con el ejercicio de la acción penal ante los órganos jurisdiccionales; finalmente hay quienes afirman que la Litis propiamente se entabla con el auto de apertura de juicio oral (en los países donde el sistema acusatorio penal está vigente).

Así el autor afirma que la Litis queda entablada cuando se reconocen “los elementos esenciales del proceso que son las partes, el objeto y sus efectos”;⁴¹⁹ que bien puede ser cuando se comete la presunta conducta ilícita o cuando ésta muestra sus primeros resultado, no obstante debemos recordar que dentro del procedimiento acusatorio, en la fase de investigación no se ha delimitado la forma ni participación de los activos, ni pasivos, por lo que solo en sentido amplio y no estricto podemos hablar de litispendencia, mas es

⁴¹⁸ *Ibidem.*, pp.37 y 38.

⁴¹⁹ *Ibidem.*, p.40.

innegable que cuando ésta inicia se mantiene hasta la total conclusión del proceso, muestra de lo anterior son los criterios emitidos por el Poder Judicial Federal en el sentido de que si se promulgase reforma a la ley punitiva mediante la cual se redujere la sanción por cierto delito, el sujeto sentenciado deberá solicitar la aplicación retroactiva de la ley a la autoridad penitenciaria y no a la judicial, es decir, la litispendencia se mantiene presente hasta la conclusión total del procedimiento cualquiera que sea su manera de concluir.

En nuestro tema de estudio existen diferentes criterios para determinar la existencia de la litispendencia, el primer criterio en apego al principio de legalidad contempla la existencia de la litispendencia desde el momento en que sucede el acto delictivo o este muestra su primera consecuencia; el segundo criterio es aquél que afirma que la litispendencia se consolida con la denuncia o querrela del hecho criminal; el tercer criterio afirma que es desde el momento en que el inculpado queda sujeto a la autoridad judicial y esta resuelve su situación jurídica cuando se puede decir que formalmente se ha entablado la Litis penal. Toda vez que el objeto de nuestro tema de estudio no es establecer el momento en que se entabla la Litis penal, y en razón de facilidad en el estudio, consideramos que para nuestro tema de estudio, la Litis queda entablada con el auto de formal prisión en el que se establece como medida cautelar la prisión preventiva de manera oficiosa, hasta el dictado de la sentencia definitiva en segunda instancia y en su caso la resolución del juicio de amparo.

Una vez referido lo anterior pasaremos a estudiar lo que refiere la dogmática respecto a la retroactividad de las normas procesales. Francisco Muñoz Conde refiere que el mandato constitucional en la Constitución española respecto de la irretroactividad de la aplicación de la ley no establece ninguna diferencia entre las normas procesales y las materiales, situación que es prácticamente la misma que en la Constitución mexicana. No obstante el autor reconoce que ello no implica que la interpretación en contrario sensu pueda ser igual en ambos casos dada la naturaleza de cada norma, pues las leyes procesales tienen por objeto el desarrollo de los actos procesales en cada momento, lo que hace muy difícil la aplicación retroactiva de la ley pues implicaría retroceder dentro del procedimiento para actuar conforme a una nueva norma, lo que en muchos casos afectaría de nulidad las actuaciones que se hubieren realizado con posterioridad, haciendo del

proceso penal una fuente de inseguridad jurídica y prolongación de los juicios en detrimento de los derechos del imputado.

De tal manera considera el autor que la regla *tempus regit actum* a la que hemos hecho referencia como aquella que ordena que los actos procesales deben regirse por las normas vigentes al momento de cada acto procesal, es apropiada para brindar seguridad jurídica, de lo que se entiende que el mandato constitucional de irretroactividad de la ley, interpretado en el sentido de aplicar la ley más benéfica al reo, se refiere de manera general a las normas materiales.

3.8.2. Criterios jurisdiccionales que niegan retroactividad procesal.

Es criterio jurisdiccional de los tribunales federales nacionales negar la existencia de la retroactividad en la interpretación de las normas procesales, pues se ha venido considerando que el mismo término puede llegar a considerarse per se como algo dañino o indeseable; así lo considera el Octavo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito en la tesis titulada “Retroactividad de las normas procesales”,⁴²⁰ al referir que las leyes retroactivas obran sobre el pasado y lesiona derechos adquiridos, lo que no ocurre en el caso de las normas procedimentales al regular términos, medios probatorios y la manera en cómo se debe desarrollar el juicio para que el juez pueda resolver sobre las pretensiones planteadas, mismas que se agotan cada vez que transcurre cada acto procesal, por lo que se rigen por la norma vigente que los regula, concluyendo dicho tribunal que si en el caso de que antes de que se ejecute algún acto procesal, la norma es reformada, entonces deberá aplicarse la norma posterior, sin que ello se considere un acto retroactivo toda vez que no se ha obrado hacia el pasado sino al futuro.

En tesis de la octava época titulada “Aplicación improcedente de la ley procesal penal”,⁴²¹ el Primer Tribunal colegiado del Noveno Circuito en interpretación del diverso

⁴²⁰ RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS PROCESALES. Época: Novena Época Registro: 198940 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo V, Abril de 1997 Materia(s): Civil Tesis: I.8o.C. J/1 Página: 178.

⁴²¹ RETROACTIVIDAD. APLICACIÓN IMPROCEDENTE DE LA LEY PROCESAL PENAL. Época: Octava Época Registro: 215663 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo

14 constitucional refiere que la ley procesal es expedida hacia el futuro para regular actos procesales que no han sucedido, en razón de lo cual las actuaciones realizadas bajo la vigencia de la ley anterior no pueden ser destruidas si al momento de realizarse estuvieron apegadas a la norma procesal entonces vigente. Criterio que se apega a la Teoría de los componentes de la norma en cuanto a los hechos pasados.

El Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito resuelve de manera similar en el criterio titulado “Retroactividad de las leyes procesales. No existe por regla general”;⁴²² comienza afirmando que la naturaleza de las normas procesales es conceder facultades a los individuos para participar en las etapas del procedimiento judicial, y en acato a la teoría de Merlin sobre los derechos adquiridos afirma que si existe reforma legislativa mientras se ventila un proceso, la reforma es aplicable siempre y cuando no vulnere algún derecho que la ley anterior contemplaba, de tal modo las actuaciones posteriores deben regirse por la norma reformada pues al no haberse actualizado las etapas posteriores, no se ven afectadas.

En tesis aislada correspondiente a la novena época, el Segundo Tribunal Colegiado del Decimosexto Circuito titulada “Retroactividad de las leyes de procedimientos”,⁴²³ explica la no contradicción entre dos tesis referentes al tema que nos ocupa, ambas dictadas por la propia Suprema Corte, la primera con rubro "Retroactividad de la ley procesal respecto de juicios que se encuentren en trámite. No vulnera el artículo 14 constitucional.", y la segunda con título "Retroactividad de las leyes de procedimiento"; en su estudio concluye el tribunal que las leyes procesales no deben ser aplicadas retroactivamente sin importar la materia o naturaleza de la norma posterior, y tal norma solo puede aplicarse respecto de los actos que no se hayan realizado dentro del procedimiento y de los cuales no se afecten derechos adquiridos bajo el manto de la norma. Concluye el criterio afirmando

de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo XII, Agosto de 1993
Materia(s): Penal Tesis: Página: 554.

⁴²² RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PROCESALES. NO EXISTE POR REGLA GENERAL. Época: Novena Época Registro: 195906 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo VIII, Julio de 1998 Materia(s): Penal Tesis: VI.2o. J/140 Página: 308.

⁴²³ RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTOS. Época: Novena Época Registro: 204646 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo II, Agosto de 1995 Materia(s): Común Tesis: XVI.2o.1 K Página: 614.

que si bien es regla general que las normas procesales tienen como función buscar un equilibrio entre las partes contendientes, el equilibrio depende de que desde el inicio de la contienda ambas partes sepan cuáles serán las normas que regirán el procedimiento, asunto más serio cuando se trata de los actos ya realizados dentro del procedimiento, mismos que si se han desahogado conforme a la norma vigente entonces resultan enteramente válidos y no hay motivo para desahogarlos nuevamente bajo las reglas de la norma posterior, sin embargo la nueva ley si regirá las fases aún no desahogadas, lo que a criterio del tribunal no afecta los intereses de las partes pues quedarán sujetas a las mismas.

A continuación referiremos las tres siguientes tesis aisladas que constituyen los criterios jurisdiccionales en materia de retroactividad de la ley procesal en materia de prisión preventiva oficiosa. El primero de ellos emitido por el Séptimo Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito., titulado “Prisión preventiva. El segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución federal entrará en vigor cuando así lo establezca la legislación procesal secundaria respectiva”;⁴²⁴ en este criterio el tribunal comienza refiriendo los diversos constitucionales reformados en junio del 2008, remitiendo a los artículos transitorios de dicha reforma que establecen que el sistema procesal penal acusatorio entraría en vigor, haciendo especial referencia al segundo párrafo del artículo 19 constitucional relativo a la prisión preventiva oficiosa, concluyendo que tal disposición solo puede ser aplicada cuando la ley procesal penal respectiva instaure el mismo modelo de enjuiciamiento penal acusatorio oral, negando cualquier tipo de aplicabilidad para los procesos incoados en el Distrito Federal, por no haber iniciado operaciones dicho sistema cuando la tesis fue emitida.

El segundo criterio que nos ocupa es titulado “Libertad provisional bajo caución. Al no estar implementado el sistema penal acusatorio en la legislación secundaria del Distrito Federal, para su procedencia debe atenderse a los artículos 20, apartado a, fracción I, de la

⁴²⁴ PRISIÓN PREVENTIVA. EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL ENTRARÁ EN VIGOR CUANDO ASÍ LO ESTABLEZCA LA LEGISLACIÓN PROCESAL SECUNDARIA RESPECTIVA. Época: Décima Época Registro: 2001017 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro IX, Junio de 2012, Tomo 2 Materia(s): Penal Tesis: I.7o.P.2 P (10a.) Página: 898.

Constitución federal en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008 y 268 y 556 del Código de Procedimientos Penales para la misma entidad que establecen que dicho beneficio podrá concederse siempre y cuando se trate de delitos no graves”.⁴²⁵ El criterio en cita aborda el tema de la misma manera que el inmediato anterior referido al tratar la reforma procesal penal de junio del 2008 y sus artículos transitorios que establecen la no aplicación del contenido constitucional con anterioridad a la declaratoria de entrada en vigencia de la multicitada reforma, agregando que para los procedimientos iniciados con anterioridad a ella, la autoridad jurisdiccional para el estudio de la procedencia del beneficio de la libertad caucional debe atenderse a los artículos 20, apartado A, fracción I, de la Constitución Federal en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, y la legislación secundaria correspondiente.

El tercer criterio emitido por el Segundo Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito, titulado “Libertad provisional bajo caución en el incidente de suspensión. Tratándose de delitos graves en la legislación del Distrito Federal, su procedencia debe analizarse en términos del artículo correspondiente de la Constitución federal con anterioridad a la reforma de junio de dos mil ocho, porque en dicha metrópoli aún no hay declaratoria de implementación del sistema penal acusatorio”.⁴²⁶ Comienza el tribunal

⁴²⁵ LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. AL NO ESTAR IMPLEMENTADO EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN LA LEGISLACIÓN SECUNDARIA DEL DISTRITO FEDERAL, PARA SU PROCEDENCIA DEBE ATENDERSE A LOS ARTÍCULOS 20, APARTADO A, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008 Y 268 Y 556 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA LA MISMA ENTIDAD QUE ESTABLECEN QUE DICHO BENEFICIO PODRÁ CONCEDERSE SIEMPRE Y CUANDO SE TRATE DE DELITOS NO GRAVES. Época: Décima Época Registro: 2000392 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 2 Materia(s): Penal Tesis: I.9o.P.3 P (10a.) Página: 1235.

⁴²⁶ LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN EN EL INCIDENTE DE SUSPENSIÓN. TRATÁNDOSE DE DELITOS GRAVES EN LA LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL, SU PROCEDENCIA DEBE ANALIZARSE EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO CORRESPONDIENTE DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA DE JUNIO DE DOS MIL OCHO, PORQUE EN DICHA METRÓPOLI AÚN NO HAY DECLARATORIA DE IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. Época: Décima Época Registro: 2000393 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente:

afirmando que lo dispuesto por el artículo 19 en su segundo párrafo referente a la prisión preventiva oficiosa no era aplicable en el momento en que se dicta dicha tesis aislada por la básica consideración de que en el Distrito Federal no está vigente el sistema procesal penal acusatorio, por lo que no resulta aplicable algún dispositivo que se relacione con éste, concluyendo su razonamiento apoyándose por lo establecido en el numeral 136 Ley de Amparo entonces vigente.

Finalmente la tesis aislada que analizaremos a continuación es la síntesis realizada por la autoridad jurisdiccional federal de los tres criterios analizados anteriormente respecto de la negativa de aplicación retroactiva de la ley procesal en materia de prisión preventiva oficiosa; emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en materia Penal del Tercer Circuito en diciembre del 2012, y titulada “Prisión preventiva. Vacatio legis del nuevo sistema penal acusatorio. Artículo 19 segundo párrafo, de la Constitución federal”.⁴²⁷ Comienza haciendo referencia a la reforma constitucional penal del 2008 en la que se establecen de manera limitativa a nivel constitucional los delitos por los que procede la prisión preventiva oficiosa; remitiendo inmediatamente a los artículos transitorios de dicha reforma que establecen el plazo para que el sistema acusatorio sea implementado en toda la nación, así como la obligación de los poderes para emitir la declaratoria en la que se señale expresamente la incorporación del sistema procesal acusatorio; de tal manera concibe el tribunal que los derechos y garantías consagradas por la Constitución solo serían válidas a partir del cumplimiento de los términos y condiciones que contemplan los artículos transitorios de la reforma penal. En seguida el tribunal refiere que a pesar de que posterior a la reforma constitucional del 2008, el día catorce de julio de 2011, se publicó una nueva reforma al artículo 19 constitucional que sin que se estableciera término para que entrara en vigencia, esta nueva reforma se mantiene sujeta a la *vacatio legis* y a las condiciones previstas por los artículos transitorios de la reforma penal del año 2008.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 2
Materia(s): Penal Tesis: I.2o.P.7 P (10a.) Página: 1236

⁴²⁷ PRISIÓN PREVENTIVA. VACATIO LEGIS DEL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO. ARTÍCULO 19 SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Época: Décima Época Registro: 2002360 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2 Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: III.2o.P.11 P (10a.) Página: 1514.

3.8.3. El interés público en la negativa de conceder retroactividad a las leyes procesales.

Así, se ha previsto en la jurisprudencia que en el caso de normas penales de procedimiento no pueden darse efectos retroactivos a la ley aunque cause un perjuicio; uno de los argumentos es que en el caso se trata de normas de orden público y la interpretación de las mismas no puede dejarse al arbitrio de las partes ni del propio Juez. Ante tal razonamiento es necesario explorar el término de “orden público” para lograr desentrañar un significado que explique por qué se considera que las normas procesales no deben ser retroactivas. Para definir al interés público, la jurista Carla Huerta⁴²⁸ opta por hacer un análisis literal del término por lo que comienza refiriendo que el término –interés- se refiere a un valor de importancia que pose alguna cosa para un individuo o grupo de individuos, para lo que es necesario llevar a cabo una estimación axiológica y de resultado benéfico o utilitario; por cuanto al término –público- desde el enfoque de las ciencias sociales se refiere a que está dirigido para la colectividad en general por lo que ningún particular puede ostentarse como propietario o titular.

El término interés público es utilizado en diversas ocasiones por nuestra Norma fundamental, en el artículo segundo al referir que los pueblos indígenas son entidades de interés público, con lo que se pretende brindarle ciertas prerrogativas a estos individuos en reconocimiento de su situación de vulnerabilidad; lo mismo ocurre con los partidos políticos a los que refiere el diverso 41 fracción I en virtud de la importancia que tienen en la vida política de la comunidad. En el artículo 25 al mencionar como tema de interés público, la rectoría económica del Estado, al delimitar el fin de las actividades productivas así como la conservación de recursos naturales.

Por su parte el diverso 27 constitucional que trata de la propiedad originaria, establece el interés público y social para la asignación de la propiedad privada. Asimismo el artículo 94 constitucional prevé por causas de interés público la restricción al principio

⁴²⁸ HUERTA, Ochoa, Carla, “*El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional*”, Op. cit. P.152.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2375/8.pdf>.

de publicidad de las audiencias; la función jurisdiccional también se ve limitada en los casos en que en el Juicio de Amparo, se ordena que la suspensión del acto reclamado puede ser denegada por causas de interés público, casos en los que también se deberá dar vista al Ministerio Público de la Federación para defender intereses de incapaces, o integrantes de pueblos indígenas. El ejemplo más claro de que el -interés público- es considerado como una de las causas por las que los poderes públicos se les faculta intervenir en la esfera de los particulares, es lo contemplado por el diverso 29 constitucional que prevé las causas de suspensión de garantías, que a pesar de no estar expresado el término de interés público, obedece a la naturaleza del mismo.

Ante tal situación podemos afirmar que “el interés público puede identificarse en términos generales con alguno de los fines del Estado mismo y es la pauta de actuación a la que la administración pública ha de sujetarse... La precisa definición de interés público o general se constituye en garantía de los intereses individuales y de los colectivos simultáneamente, y se concreta en normas protectoras de bienes jurídicos diversos que imponen límites a la actuación pública y privada”.⁴²⁹ De la lectura de los criterios dogmáticos y la normatividad constitucional hasta el momento se nos dificulta obtener información suficiente para sustentar la negativa de la aplicación retroactiva de la ley procesal en beneficio del reo, pues la definición de interés público se refiere a la obtención de beneficios colectivos a través de políticas públicas que exalten valores que permitan a la persona la realización personal y colectiva; entonces la no retroactividad de la ley procesal más benéfica para el reo como resultado de que estas normas son de interés público solo se podría sustentar en la prevención general que se pretende lograr con el procedimiento penal y la pena misma, lo que en el caso no es correcto pues vulnera el derecho a la presunción de inocencia y debido proceso. De tal manera es viable afirmar que la no retroactividad de las leyes procesales se debe a que los procesos penales se desarrollan mediante actos sucesivos, no en un sólo momento.⁴³⁰

⁴²⁹ *Ibidem.*, P.157.

⁴³⁰ *Ibidem.* P.154.

3.8.4. Excepción a la prohibición de interpretación retroactiva de la ley procesal en materia de medidas cautelares privativas de libertad.

El Doctor Alonso Furelos hace hincapié en la estrecha relación que guarda el principio de retroactividad de la ley con el debido proceso como medio de asegurar la observancia de los derechos fundamentales de los individuos. Para el procesalista en cita, la importancia de prohibir la retroactividad de la ley debe ser entendida como una regla general tanto para el legislador como para las autoridades en tanto se protege los derechos de los individuos a quienes se aplica la norma, especialmente en cuanto al principio de legalidad penal, procesal penal y penitenciario.

Sin embargo el autor discrepa de aplicar este sistema de manera tajante e irreflexiva “establecer que un proceso penal deba seguir tramitándose por la norma vigente al inicio del sumario hasta que se produce la cosa juzgada so pretexto de que el momento decisivo es su litispendencia en sentido amplio parece anacrónico”,⁴³¹ esto cobra especial importancia si lo miramos a través del cristal del moderno paradigma de derechos humanos, pues debemos recordar que los principios de interpretación conforme y pro persona remitan a las autoridades a contemplar la universalidad de derechos humanos previstos por las normas internas y tratados internacionales, en los que se valora de manera suprema los derechos a la vida y a la libertad de la persona.

En este momento comenzaremos a abordar especialmente la retroactividad de las normas procesales en materia penal. Partimos del hecho de que la finalidad del enjuiciamiento criminal es absolver al inocente y condenar al culpable de acuerdo con los datos obtenidos de los medios de prueba desahogados, siempre que se respete el derecho de debida defensa, entonces se acentúa el beneficio de la progresividad de leyes que siempre deben estar dictadas conforme a los principios constitucionales del proceso penal. De tal modo se puede hablar de una sucesión temporal de normas procesales que pueden ser más o menos acordes con las garantías constitucionales del proceso y debe aplicarse siempre la

⁴³¹ ALONSO Furelos, Juan Manuel, Op. cit., P.71.

más garantista,⁴³² especialmente cuando existe una reforma legislada con la finalidad de brindar un sistema transparente y eficiente de administración de justicia.

Al hablar de la retroactividad de las normas procesales, el Doctor Alonso Furelos refiere que estas se dividen en dos grupos, las formales y las sustanciales; las primeras se refieren a la manera en cómo se deben realizar los trámites en los procedimientos, parten de una “concepción formal sobre la base de la aplicación inmediata de la norma ulterior desde su vigencia siguiendo el principio *tempus regit actum*”;⁴³³ entendida como la máxima latina del tiempo de los pos glosadores, que ordena que todo acto jurídico debe someterse a las condiciones formales vigentes en el momento en que se desarrollan o son celebrados. Esta es la regla general para las actuaciones, rige no solo en materia penal, sino especialmente en el área civil y administrativa en las que la locución en cita es una regla incuestionable pues en estos casos el inicio del procedimiento determina la norma procesal aplicable aun cuando se presente una sucesión de leyes en la materia es decir, las normas formales rigen la forma en que la burocracia en la administración y el poder judicial con participación de las partes involucradas deben desahogar las etapas del juicio.

Las normas sustanciales tienen un carácter más profundo, el autor afirma que estas normas “son por lo general imperativas salvo excepciones y son el instrumento del proceso y procesamiento y de las garantías constitucionales del proceso para hacer efectiva la tutela judicial aplicando las normas materiales al caso concreto... que producen efectos directamente sobre el proceso... tanto sobre la situación material... como en el proceso al afectar la cuestión de fondo y se suelen referir a los presupuestos procesales... condiciones de procedibilidad o ciertas presunciones legales”.⁴³⁴ Así, tenemos que las normas formales regulan la tramitación del procedimiento en cuanto a los trámites de relativa menor importancia en los procedimientos, mientras que por otro lado las normas sustanciales tienen un impacto directo en el fallo y en las pretensiones de las partes en contienda.

⁴³² *Ibidem.*, P.38.

⁴³³ *Ibidem.*, P.46.

⁴³⁴ *Ídem.*

Para lograr entender la importancia de diferenciar entre las leyes procesales materiales y sustanciales, Juan Manuel Alonso Furelos nos recuerda que durante los postulados de finales de siglo antepasado e inicios del pasado, los tratadistas de Derecho Civil negaban a las normas procesales su autonomía, pues las consideraban dependientes del derecho material; no obstante con el tiempo el “derecho procesal es visto como una disciplina autónoma, independiente, desligada de aquél, inserta en el derecho público por el carácter especial de sus elementos fundamentales como son la jurisdicción, la acción y el proceso y señala desde ese momento que las leyes procesales son aparentemente retroactivas”.⁴³⁵ Entonces podemos hablar de una progresividad de leyes no solo en materia de derechos humanos, sino también en cuanto a aquellas que hacen posible el acceso a estos, que en el caso son las normas procesales.

Así se hace patente que la norma que establece la prisión preventiva tanto en el sistema inquisitivo mixto, como en el actual sistema acusatorio, es una norma procesal de tipo sustancial pues no solo ordena la manera en que una fase del procedimiento ha de llevarse a cabo, sino que tiene una repercusión directa en la situación jurídica del imputado, restringiendo en primer término su libertad de tránsito, con las consecuencias de la pérdida del derecho al trabajo y fuente de ingresos, menoscabo a su salud física e intelectual además del detrimento en sus relaciones familiares y sociales; suma de factores que en muchos casos genera desesperación del imputado respecto al sistema judicial penal y lo lleva a resignarse a ser condenado lo más pronto posible en espera de la posibilidad de conmutar la pena que se imponga.

La validez de las normas que venimos refiriendo son de igual importancia en cuanto al apego al principio de legalidad, “en el proceso deben cumplirse las normas procesales de mero trámite y las sustanciales que son por lo general imperativas salvo excepciones y son el instrumento del proceso y procedimiento de las garantías constitucionales del proceso para hacer efectiva la tutela judicial aplicando las normas materiales al caso concreto”.⁴³⁶ De tal modo no podemos hablar de preponderancia de unas normas sobre otras, sin

⁴³⁵ *Ibidem.*, P.49.

⁴³⁶ *Ibidem.*, p.45.

embargo, la trascendencia para las partes involucradas en el caso de la aplicación de las normas procesales sustanciales es mayor que en el caso de las procesales formales, toda vez que en las primeras subyace el valor de procedimiento legal como medio para alcanzar los derechos fundamentales reconocidos por la ley.

Entrando precisamente a nuestro tema de investigación, los catedráticos Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, en su obra conjunta refieren que si bien las normas procesales tienen como campo de aplicación el desarrollo de las fases procesales a cada momento que tienen lugar, no siempre es aplicable la retroactividad de la ley más favorable si la fase procesal que contempla la ley modificada ya se ha desarrollado en el proceso penal, lo que es acorde con el multicitado principio *tempus regit actum*; para los autores el Tribunal Constitucional español ha matizado la rigidez de este principio específicamente cuando la libertad del imputado es restringida por la norma procesal, cuyo efecto no se agota al momento en que la medida cautelar es impuesta, sino que se prolonga durante toda la sustanciación del proceso punitivo.

Los autores en comento refieren que en el caso particular español, para la prisión preventiva se contemplaba un plazo de duración máximo de veinte meses, mismo que fue ampliado a cuatro años por una reforma legislativa; así evidentemente la nueva disposición perjudica los intereses de los sujetos a proceso durante la vigencia de la norma anterior, por lo que la aplicación de la norma reformada es claramente retroactiva en su perjuicio. De tal manera el Tribunal en referencia optó por resolver que en los casos de privación preventiva de la libertad como medida cautelar en los procesos penales, el Juez de la causa siempre debe optar por la medida que restrinja de menor manera los derechos del imputado.⁴³⁷

El Doctor Ignacio Berdugo al respecto retoma el hecho de que el principio de irretroactividad de la ley es una disposición de tipo garantista, por lo que resulta legítima la solicitud de los individuos de la retroactividad de las leyes más benéficas; sin embargo en cuanto a las normas procesales el principio *tempus regit actum* es una máxima valoración que solo reconoce como excepción las medidas restrictivas de libertad personal como en el

⁴³⁷ Cfr. MUÑOZ Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal parte general*, 6ª edición, Valencia 2004, Tirant lo Blanch, Pp. 143-145.

caso lo es la prisión preventiva, materia en la que bajo ningún motivo se puede aplicar una ley posterior más perjudicial a pesar de que no se hubiese dictado sentencia en el proceso respectivo y por ende la ley posterior pudiese regir en las fases procesales restantes. Para robustecer su afirmación, el jurista cita al Tribunal constitucional español que en su sentencia STC 34/1987 concluye que de lo contrario “se desconocería las garantías constitucionales frente a limitaciones indebidas al derecho a la libertad personal al aplicarse una ley posterior más restrictiva a un inculpado en una situación de prisión preventiva acordada con arreglo a una Ley anterior más benigna, pues ello podría suponer la prolongación de la situación excepcional de prisión más allá del límite establecido por la Ley aplicable en el momento en que se acordó su privación de libertad, plazo máximo que representa para el afectado la garantía constitucional del derecho fundamental de la libertad”.⁴³⁸

En su publicación el procesalista Manuel Alonso Furelos dedica un apartado especial para hablar de la retroactividad de la norma procesal sustantiva en materia de medidas cautelares privativas de libertad personal. En primer término el autor refiere que estas normas procesales sustanciales son de aquellas cuya determinación se encuentra proscrita por la norma material, en el caso del Código Penal que otorga la descripción de la conducta ilícita y el tipo penal en concreto, por lo que tiene un impacto profundo en el desarrollo del procedimiento e incluso en el dictado de la sentencia. Asimismo es bastante claro al afirmar que al tratarse de la restricción de derechos humanos adquiridos, se debe tratar de manera excepcional la retroactividad procesal; así “La permisión de retroactividad de estas excepciones si se trata de normas de derecho público sobre todo administrativas sancionadoras más favorables o normas que restringiendo el ámbito de los derechos individuales lo amplían respecto a la que precede o normas penales más favorables al reo...

⁴³⁸ Cfr. GÓMEZ de la Torre, Ignacio Berdugo, et. al., *Curso de Derecho Penal Parte General*, Barcelona, España, 2004, Ediciones Experiencia, Pp. 58 y 59.

medidas cautelares personales restrictivas de libertad individual y en especial si sus presupuestos van ligados al hecho delictivo”.⁴³⁹

Al referir a las medidas cautelares, debemos recordar su naturaleza y finalidades, pues es momento de retomar la instrumentalidad de dichas medidas precisamente como instrumentos para asegurar los fines del procedimiento, así estas medidas tienen un carácter asegurador y no definitivo. Expresa el Doctor Alonso Furelos que “La sucesión de normas procesales tras la adopción de la medida cautelar determinarán la irretroactividad cuando la nueva norma respete los requisitos y presupuestos de la anterior o la retroactividad en otro caso que deberá ser limitada al máximo extremo si es en perjuicio de las garantías procesales del inculpado o de su presunción de inocencia a salvo que la nueva norma procesal (e incluso material) reguladora de esos presupuestos sea más favorable a éste y en este caso pueda servir para que se alcancen las medidas cautelares adoptadas bajo el amparo de la anterior”.⁴⁴⁰

Ahora bien, este tema ha sido abordado por nuestros tribunales federales en algún momento del desarrollo jurisprudencial, precisamente en el mes de abril del año 2005, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en la tesis aislada titulada Legislación penal para el Estado de Aguascalientes. Su artículo octavo transitorio, viola el principio de irretroactividad previsto en el primer párrafo del artículo 14 constitucional”.⁴⁴¹

En el caso concreto se adentra al estudio de la legislación procesal punitiva del estado de Aguascalientes vigente a partir de febrero del año 2004, que a diferencia del código procedimental anterior, no establece ningún requisito para la procedencia del recurso de apelación; ahora bien, el congreso local al legislar la ley procesal posterior, en

⁴³⁹ ALONSO Furelos, Juan Manuel, “Efectos de la sucesión temporal de leyes iniciado el proceso (irretroactividad y retroactividad) (Segunda parte: Aspectos especiales)”, Op. cit., P.76.

⁴⁴⁰ ALONSO Furelos, Juan Manuel, Op. cit., P.70.

⁴⁴¹ LEGISLACIÓN PENAL PARA EL ESTADO DE AGUASCALIENTES. SU ARTÍCULO OCTAVO TRANSITORIO, VIOLA EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD PREVISTO EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL. Época: Novena Época Registro: 178699 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXI, Abril de 2005 Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: 1a. XXIV/2005 Página: 725.

el artículo octavo transitorio opta por establecer la prohibición para la autoridad jurisdiccional de aplicar esta disposición para aquellos procedimientos iniciados con anterioridad a su entrada en vigencia, lo que la Primera Sala determina violatorio del principio de irretroactividad de la ley contenido en el párrafo primero del artículo 14 Constitucional, pues considera que los órganos legislativos no deben crear leyes prohibiendo su aplicación a asuntos tramitados antes de su vigencia, soslayando el hecho de que sean benéficas para la persona.

En su resolución los abogados Fernando Silva García y Alfredo Villeda Ayala en su carácter de autoridades jurisdiccionales federales que “no toda retroactividad de la ley está prohibida, sino únicamente aquella que genera un perjuicio objetivo, actual y presente al gobernado. Así las leyes retroactivas que irrogan perjuicio y que, por tanto, son inconstitucionales, hieren la certeza jurídica en la aplicación del derecho, especialmente cuando prevén sanciones a una acción u omisión que el individuo afectado ignoraba”.⁴⁴² Así la Primera Sala de nuestro más alto tribunal ha llegado a reconocer la posibilidad de aplicar retroactivamente una norma procesal cuando este ejercicio beneficie al reo, por lo tanto consideramos que los datos aportados en esta investigación nos otorgan suficiente información para resolver las interrogantes planteadas y dar una conclusión final.

⁴⁴² SILVA García, Fernando y Villeda Ayala, Alfredo, Op. cit., P.208.

Capítulo 4.

Conclusiones y Propuestas

La cantidad de información analizada en el desarrollo de esta investigación nos permite finalmente llegar a conclusiones de la hipótesis planteada; así mismo por medio de la información obtenida en áreas específicas hemos arribado a conclusiones particulares respecto a nuestro objeto de estudio y posibles líneas de investigación futuras. Por cuestiones metodológicas iremos enumerando nuestras conclusiones particulares en el mismo orden de ideas en que se trataron los temas de estudio y posteriormente arribaremos a la conclusión general.

4.1. Conclusiones particulares.

1.- Del primer capítulo de nuestra investigación no arroja que desde el sistema jurídico de nuestra cultura madre ha existido una diferenciación entre los diversos delitos perseguidos y sancionados los órganos detentores del poder político; esta clasificación se basó en la gravedad del daño que se le causa a la víctima o a los hoy denominados bienes jurídicos valiosos y que en otro tiempo fueron los dogmas religiosos, o aquellos que pretendían justificar una posición superior de los gobernantes por encima de los gobernados, tal como sucedía en Grecia, Roma, la Edad Media.

La clasificación de delitos de acuerdo a su mayor o menor gravedad principalmente se ha manifestado en la intensidad de la pena que se impone al criminal, sin embargo también se ha hecho presente en la competencia de la autoridad para conocer del asunto concreto y, así como en el aseguramiento del procesado para evitar la fuga y en su caso ejecutar la sanción por su delito.

En México la clasificación de los delitos para efectos procesales surgió desde nuestra primera Constitución, que ordenaba la creación de tribunales especializados para conocer de delitos “leves” y así no entorpecer la labor de los juzgados penales que conocieran de delitos graves; con el paso del tiempo y las transformaciones sociales, el

orden jurídico evolucionó por lo cual se fue precisando en mayor forma la figura de la prisión preventiva, y la clasificación de delitos graves y no graves.

La reforma constitucional del año 1993 que sustituyó el término –medio aritmético– por el concepto de –gravedad–, dejó a la legislación secundaria determinar cuáles serían los delitos considerados como graves y por los cuales no procedía la libertad bajo caución; lo que generó que a causa de los extensos catálogos de delitos graves contempladas por los códigos procesales aplicables gran parte de los procesados fueran reclusos en prisión preventiva oficiosa.

La reforma penal del año 2008 en materia de prisión preventiva implica un gran avance en materia de respeto a la libertad de los sujetos a proceso y derecho a la presunción de inocencia, al incluir en la Constitución una lista restrictiva de los ilícitos por los cuales procede la prisión preventiva oficiosa, limitando su uso en los procedimientos penales gracias a la inclusión de una serie de medidas cautelares no restrictivas de la libertad.

2.- Al hacer un estudio general de la prisión como herramienta social de control pudimos conocer que ésta es una institución relativamente moderna en las sociedades europeas y americanas, así como el hecho de que la misma no siempre ha tenido como finalidad reinsertar al individuo a la sociedad, sino simplemente separarlo de la masa productiva funcional, fenómeno que se generalizó con el auge de la revolución industrial.

La normatividad en materia penitenciaria vigente en nuestro país, las condiciones de vida que en ella se plantea son bastante favorables para los internos, y acordes a los estándares internacionales establecidos por diversos instrumentos internacionales y la propia Constitución; Sin embargo los datos analizados respecto de las condiciones de vida dentro de las prisiones de nuestro país, nos arrojan que las cárceles de nuestro país distan por mucho de ofrecer tales condiciones a los internos, carencias que se materializan en una sistemática violación de derechos fundamentales por parte del sistema penitenciario.

Respecto de los instrumentos internacionales que México ha firmado, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aunque no menciona específicamente el tema de la prisión preventiva, si lo relativo a temas como el derecho a la

libertad personal, el debido proceso y la presunción de inocencia; por su parte el Pacto de San José y el Estatuto de la Corte Penal Internacional ordenan un trato digno para los internos en las cárceles, así como que los procesados y sentenciados no tengan contacto de ninguna manera. En cuanto a la retroactividad de la ley, si bien en ambos instrumentos se aborda el tema de la retroactividad de la norma más favorable en materia penal, ninguno lo hace respecto de las normas procesales punitivas, lo que resulta una omisión normativa importante.

En cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ordena que la prisión preventiva debe ser de acuerdo a su naturaleza, una medida cautelar de última ratio y siempre revocable cuando las condiciones sean favorables. Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos emitidas por la ONU, norma internacional *ad hoc* para nuestro tema de estudio define el término “acusado” a diferencia de los juzgados o sentenciados, así mismo contempla una amplia gama de disposiciones respecto de las obligaciones de la autoridad para el trato a los internos que no han recibido condena y que en su conjunto integran la esencia del trato digno y humano a que se refiere la Constitución mexicana y tratados internacionales en la materia.

3.- Las estadísticas analizadas arrojan que prácticamente a la mitad de los internos en las prisiones en México no se les ha dictado sentencia dentro de su proceso judicial, es decir, se encuentran privados de su libertad provisionalmente bajo el régimen de prisión preventiva en función del auto de formal prisión, hoy de vinculación a proceso.

De las características de los internos como género, máximo grado académico, edad y antecedentes de violencia intrafamiliar, podemos corroborar la selectividad del fenómeno delictivo, pero también la selectividad del aparato punitivo, pues la mayoría de los internos son hombres de entre 25 y 34 años de edad, cuyo nivel educativo es apenas de educación primaria, en condiciones de pobreza y marginación, lo que incide directamente en el hecho de que en la mayoría de los casos los internos son juzgados por el delito de robo cuyo monto no excede los mil pesos en total.

Lo anterior es una de las causas del terrible nivel de hacinamiento penitenciario existente en las cárceles de México, que sobrepasa por mucho el máximo aceptado por organismos internacionales y que por sí mismo genera insuficiencia de recursos materiales para abastecer las necesidades de los internos, haciendo prácticamente imposible los fines del sistema penitenciario, lo que se hace patente en los altos niveles de reincidencia delictiva.

4.- La Criminología nos otorga una perspectiva esencial para el estudio del fenómeno delictivo, pues otorga información relevante de factores externos al hecho penalmente sancionado, como lo es la esfera social del infractor donde se involucran las condiciones económicas, laborales, emocionales, familiares e incluso biológicas de los individuos. Los estudios biologicistas han servido como punto de partida para la investigación científica moderna, enfocándose en los procesos químicos del cuerpo humano que traen consigo consecuencias psicopatológicas, que hacen propensa a la persona a delinquir.

De otra parte, la teoría psicológicas de la explicación criminal plantea que la conducta criminal es tan normal como cualquier otra conducta humana, es decir, el individuo solo responde a factores externos que refuerzan su conducta o la inhiben; a partir de ello actualmente podemos entender por qué ciertas personas fracasan en su inhibición eficaz de las conductas socialmente prohibidas. En cuanto a las teorías sociológicas del delito explican el fenómeno delictivo a partir de la influencia que tiene el medio sobre la persona, en ese sentido entienden el delito como un fenómeno social y no meramente individual; el desarrollo de grandes centros urbanos industrializados, ha generado un ambiente de debilidad en el control social en el que el contagio de conductas antisociales se propaga fácilmente; así mismo la inequitativa acumulación de la fomenta el incremento de delitos patrimoniales.

5.- En cuanto a la prisión preventiva como herramienta procesal, pudimos conocer su naturaleza provisional, así como los fines que se persigue (asegurar la comparecencia del procesado a juicio, proteger a la víctima u ofendido y asegurar la ejecución de la posible pena), por lo que asociado a su alto grado de afectación a la persona sujeta a ella solo debe dictarse cuando sea estrictamente necesaria atento al principio de *ultima ratio*.

La privación preventiva de la libertad de los imputados debe ser el último recurso del sistema punitivo, y que en los casos en que sea aplicada el individuo en todo momento debe recibir un trato humano, en apego a derechos fundamentales del procesado, por lo que debe ser tratado como inocente en todo momento.

En cuanto a los delitos graves, la prisión preventiva es hasta el momento es la única medida cautelar capaz de prevenir que se ocasione más daño al tejido social, tal como lo afirma el doctor Günther Jakobs en su teoría del derecho penal del enemigo; no obstante la imposición de oficio de dicha medida sigue siendo cuestionable y en todo momento optamos por el derecho de defensa a favor del imputado y el principio de carga de la prueba sobre la parte acusadora.

Al ser la prisión preventiva una institución que contraviene muchos principios generales del derecho y Derechos Humanos como la presunción de inocencia y el respeto a la libertad, es un tema difícil de resolver satisfaciendo los intereses del imputado, los de la víctima y de la sociedad en general; los intereses en juego son muchos y las autoridades implicadas, especialmente los legisladores y los jueces deben ser muy precavidos en el uso de sus facultades, pues de lo contrario se incurre en una medida antidemocrática y abusiva, cuyas consecuencias son muy graves para los procesados, sus familias, el sistema penitenciario y los fines del derecho penal.

6.- La legislación en materia la prisión preventiva oficiosa dentro de los ordenamientos procesales inquisitivos obedeció a una política criminal que pretendía disuadir a los individuos para que se abstuvieran de cometer ciertas conductas, optando por imponer la prisión preventiva a modo de castigo anticipado a aquellos a quienes se les adjudicaba la comisión de algún ilícito grave. Indicativo de que la planificación del control de la delincuencia en nuestro país parte del uso del derecho penal y de la cárcel en los primeros niveles de acción, y no de *última ratio* como lo ordenan los principios generales del derecho penal.

Así la política criminal ha contravenido lo ordenado por las modernas teorías garantistas en derecho procesal y penal que pretenden otorgar mayores protecciones al individuo; el uso excesivo del aparato punitivo fomenta una actitud negativa en el

individuo, lo estigmatiza y aparta del conjunto social, dificultando su reinserción social. Sin embargo no negamos el hecho de que la medida cautelar objeto de nuestra investigación es necesaria y conveniente en las sociedades modernas, siempre que su imposición se apege al marco jurídico vigente basado en el respeto a los derechos fundamentales y cuando la parte acusadora acredite fehacientemente que con dicha medida se evitarán más daños que los que se le causen al imputado y sus dependientes, para así conciliar las finalidades de la política criminal y con la legislación punitiva.

Los recursos económicos que se le destina al combate a la delincuencia y seguridad pública resulta excesivo para la realidad nacional, los más de tres mil millones de pesos se destinan anualmente a los sistemas penitenciarios para la manutención de los más de doscientos mil internos en las cárceles del país, especialmente cuando como lo hemos referido, prácticamente la mitad de ellos no han recibido sentencia condenatoria es perjudicial para las arcas públicas, a lo que debemos agregar el factor de la privatización de las cárceles, modalidad que lucra con uno de los puntos más débiles del Estado mexicano a favor de un pequeño grupo empresarial.

La erogación que representa para el Estado en materia penitenciaria es altísima pues el sesenta por ciento de los recursos que se asignan en materia de seguridad pública se gasta en la construcción y ampliación de centros penitenciarios, pago a custodios y administrativos y manutención de internos. A ese costo debemos agregar la pérdida de la fuerza de trabajo de jóvenes de entre 18 y 41 años, quienes una vez que egresan del centro penitenciario han perdido su empleo, ahorros, amistades y nexos sociales en general, por lo que les es difícil reintegrarse a la sociedad a pesar de no haber sido condenados en juicio.

A pesar del alto gasto que se le asigna a la administración de justicia en materia penal, el déficit de tribunales penales en relación a los procesos punitivos que se inician anualmente en materia del fuero común es preocupante y en gran parte la causa de la dilación procesal y rezago en administración de justicia,

7.- Toda vez que las características de los Derechos Humanos son la universalidad, progresividad, imprescriptibilidad, e inalienabilidad, su normativización y ejercicio son asunto difícil para las autoridades y la sociedad quienes en conjunto debemos dejar de ver a los Derechos Humanos solamente desde una concepción de dogmática jurídica, y concentrarnos en la creación de mecanismos e instituciones sólidas por medio de las cuales el individuo puede acceder al goce material de sus derechos humanos.

Las reformas constitucionales en esta materia son trascendentales a todo nuestro sistema burocrático de gobierno, especialmente en materia jurídica y administrativa, pues el principio pro persona e interpretación conforme, aunado a la integración de los instrumentos internacionales estudiados en esta investigación, ahora por ley están obligados a seleccionar e interpretar el marco normativo de la manera en que más se beneficie a la persona que solicita su intervención.

8.- El derecho irrestricto a una correcta administración de justicia no solo debe contemplarse como una categoría lógico-jurídica, sino como una aspiración social centrada en que la persona sea escuchada y sus peticiones atendidas por las autoridades, sin dilaciones, sin trabas burocráticas, sin candados ni obstáculos económicos; pues la impartición de justicia es una necesidad que no puede ser restringida por la autoridad y aún menos por el marco normativo.

Este se rige por el principio de celeridad que implica que los tribunales deben emitir sus resoluciones de la manera más rápida posible, siempre en apego a los derechos de las partes y el debido proceso. Lamentablemente en nuestro país los tribunales penales son rebasados por la carga de trabajo que les imposibilita resolver los juicios dentro de los términos legales, lo que se transforma en una violación a los derechos de las partes, y en especial para aquellos procesados recluidos en algún centro penitenciario bajo la medida cautelar de prisión preventiva, situación que ha sido señalada por la Corte Interamericana como una situación grave que vive el Estado mexicano.

El debido proceso es uno de los derechos humanos más valiosos en cuanto a su función de hacer accesible el acceso al catálogo de derechos fundamentales contemplados en el marco legislativo interno y externo; así el debido proceso debe entenderse como la

institución en función de la cual los actos de autoridad normativos, administrativos y judiciales deben dictarse con respeto de valores superiores permitiendo acceder una tutela legal efectiva para los gobernados.

Sin embargo la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sus más recientes criterios jurisprudenciales ratifica tajantemente lo ordenado por el congreso en cuanto a la no retroactividad de la ley procesal bajo ninguna circunstancia, argumentando que de hacerlo se vulneraría el derecho al debido proceso del procesado; resoluciones que contrarían lo ordenado por la Convención Americana de Derechos Humanos que en su artículo 29 establece los lineamientos conforme a los cuales deberán interpretarse los mandatos en ella contenida, prohibiendo la interpretación del mismo en el sentido de suprimir derechos o excluir la aplicación de otros.

9.- El derecho a la libertad es uno de los más valiosos que reconoce nuestro marco jurídico interno y externo, en tal virtud su restricción debe ser siempre aplicada como excepción a la regla y en apego al marco normativo más amplio y benefactor de los derechos de la persona; así la privación de la libertad debe estar orientada a satisfacer el interés público, optando en todo siempre por aquella que restrinja de menor manera al sujeto.

La propia Suprema Corte afirma que no es suficiente con que su privación esté contemplada por el marco jurídico, sino que también debe ser “materialmente razonable”; criterio contradictorio a lo expresado por la propia Corte en las resoluciones jurisprudenciales estudiadas, pues en ellas avala la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley más benéfica al reo establecida por el multicitado artículo cuarto transitorio de la reforma constitucional del 2008.

10.- La diferencia entre sistema jurídico y orden jurídico nos ayudó a contemplar nuestro marco jurídico de una manera amplia y no solo como un conjunto de normas jurídicas, positivas y vigentes, sino como un elaborado sistema de conjuntos de ordenamientos jurídicos, reflejo de la evolución ideológica y política de la sociedad. El estudio de la estructura lógica y las características específicas de las normas jurídicas nos permitió hacer un estudio de la retroactividad en función a la pertenencia de la norma de acuerdo a su

temporalidad; lo que aunado al criterio de sincronía y diacronía normativa amplió nuestro panorama para entender la posibilidad de coexistencia normativa.

A pesar de que como lo hemos dicho, en el caso que nos ocupa no se había cumplido la condición para la aplicación de la norma procesal acusatoria, la validez “definitiva” de la norma depende del cumplimiento de su proceso de creación así como de los contenidos regulados, y que según la teoría de Kelsen de la validez material, depende de la adecuación del contenido de la norma inferior a la superior, y en última instancia de la norma suprema, lo que nos remite al principio de Supremacía Constitucional que debe regir en un Estado de Derecho y por ser la Constitución de un país la más alta forma de expresión de la voluntad popular

11.- El principio de Supremacía Constitucional comprende a su vez el de coherencia en la interpretación de las normas, de acuerdo al cual todos los mandatos establecidos en la Carta fundamental tienen el mismo grado de validez; por su parte la Teoría de los Derechos Fundamentales establece que para que nuestras normas adquieran la relevancia que se necesita, en algunos casos es imperativo evitar las formalidades del positivismo jurídico, y prescindir de la literalidad de la norma a favor de su contenido material; especialmente en cuanto aquellos comprendidos por el *ius cogens* cuya aplicación debe ser imperativa y sin retraso a favor de lograr el cambio social que se busca.

Toda vez que una de las características del Derecho es no solo regular obligaciones, prohibiciones y permisiones, sino también regularse a sí mismo al hacerse reformas legislador debe ser muy precavido en razón del riesgo de vulneración de derechos ya consumados. Sin embargo atento al principio de Identidad de la Constitución, la norma suprema cuando sufre cambios mantiene ontológicamente las bases del sistema jurídico pues es la norma que constituye al Estado y que refleja la voluntad popular al ser el más alto documento político.

La reforma a la Constitución no debe reducir ningún tipo de derecho consumado, sino que en todo caso debe optimizarse la disposición y los medios para lograrla; de tal modo las leyes secundarias tienen la misma suerte atento al principio de Supremacía Constitucional, lo que no ocurre en el caso de nuestro objeto de estudio pues la propia

Constitución limita a los particulares el acceso al derecho que de ella misma emana, y que es poder controvertir la prisión preventiva como medida cautelar en el proceso penal en los casos en que de acuerdo al artículo 19 la Constitución lo permita.

Carecemos de un órgano idóneo de control constitucional, de acuerdo a los artículos 103 y 105 constitucionales la acción de inconstitucionalidad de leyes no faculta a la Suprema Corte para entrar al estudio de contradicciones en el texto de la norma suprema por lo que resulta lógica la resolución de nuestro máximo tribunal en el sentido de no contradecir lo ordenado tajantemente por el artículo cuarto transitorio de la reforma constitucional del 2008.

Sin embargo consideramos que existe omisión por parte de la Suprema Corte de efectuar un análisis profundo de las causas y consecuencias de diversas problemáticas del sistema punitivo, en especial las abordadas en nuestra investigación como lo son el hacinamiento carcelario que disminuye las posibilidades de reinserción; la dilación procesal de los tribunales penales; el gasto excesivo de recursos públicos en materia penitenciaria; la sistemática violación de derechos humanos que existe al interior de las prisiones de nuestro país; etcétera. Lamentablemente la Suprema Corte resuelve prohibir sin más la aplicación de los principios procesales acusatorios en procedimientos penales iniciados con anterioridad al inicio de vigencia de la reforma procesal penal por parte de la autoridad competente.

12.- El uso excesivo de los artículos transitorios en la técnica legislativa actual puede contravenir políticas públicas en materia de Derechos Humanos y Debido Proceso. Sin embargo al entrar al estudio de la naturaleza jurídica de estas normas nos encontramos con la posibilidad de reformarlos mediante el procedimiento respectivo a efecto de adecuarlo a los principios de interpretación conforme y pro persona establecidos como eje de nuestro sistema jurídico.

13.- El principio de retroactividad de la ley como derecho fundamental en materia penal ordena que las personas deben ser juzgadas de acuerdo a normas y procedimientos vigentes al momento en que se cometió el hecho; su finalidad es que el colectivo al saber las conductas prohibidas y las penas que se pueden imponer se abstengan de cometerlo, así

como proteger a los sujetos a proceso de cualquier tipo de arbitrariedad por parte de autoridades ministeriales o judiciales que pretendan investigar, procesar o sentenciar a alguna persona por leyes no vigentes al momento en que se cometió el supuesto de hecho.

De la teoría de los derechos adquiridos, así como de la teoría de las situaciones jurídicas abstractas y concretas, entendemos que la prisión preventiva oficiosa afecta el derecho a la libertad de los individuos y otros derechos reconocidos y consagrados, no meramente expectativas, por lo que lo referente a ella siempre estará sujeto a análisis como tal. De otra parte la Tesis de retroactividad de la ley de Paul Rubier entra al estudio de las consecuencias jurídicas del acto al momento en que la ley posterior entra en vigor, lo que es patente en nuestro objeto de estudio, pues el auto judicial que impone la prisión preventiva oficiosa continúa surtiendo sus efectos hasta que se dicta sentencia en el juicio penal, es decir, el auto de formal prisión que impone prisión preventiva no se extingue en un solo acto.

Finalmente la Teoría de los Componentes de la Norma que cita nuestro máximo tribunal para resolver las controversias de retroactividad de la ley planteadas, plantea distintas hipótesis en torno al supuesto de hecho y sus consecuencias jurídicas; lo que aplica a nuestro caso de estudio pues la ley procesal contempla actos parciales o sucesivos y una consecuencia, caso en el que una ley posterior no puede modificar lo ejecutado durante la vigencia de la norma anterior, pero en cuanto a los demás componentes que no se hubieren ejecutado definitivamente la ley posterior si tiene aplicación sin considerarse retroactiva; así y toda vez que el acto procesal (auto de formal prisión) dictado durante la vigencia de la ley procesal inquisitiva y que sigue surtiendo sus efectos hasta la conclusión del proceso, cabría pensar en la posibilidad de aplicar la norma posterior.

| La retroactividad de la ley más favorable es una institución jurídica fundamentada en principios de certeza jurídica y progresividad de las leyes; la prohibición contenida en nuestra Constitución por la cual no se debe hacer interpretación retroactiva de la ley en perjuicio de persona alguna, no imposibilita a la autoridad para hacerlo cuando ello beneficie al individuo, criterio que ha sido corroborado por la Primera Sala de nuestro máximo tribunal.

Las precisiones jurisprudenciales en esta materia realizadas en transcurso de las décadas por los órganos jurisdiccionales facultados han sido en el sentido de restringir su aplicación, principalmente en el sentido de que solo puede aplicarse dicho criterio cuando el derecho que se exigiera hubiera sido consolidado y no se tratara solo de una expectativa de derecho. De tal manera y toda vez que el derecho a la libertad, debido proceso e impartición de justicia están reconocidos plenamente por nuestra Constitución, consideramos que es posible la interpretación retroactiva de la ley en beneficio del reo tratándose de su derecho a debatir la medida cautelar que le ha de ser impuesta en juicio.

4.2. Conclusión general.

La prohibición de retroactividad de la ley especialmente en materia penal debe ser considerada como regla general y obedece al principio de debido proceso y seguridad jurídica; sin embargo como regla general y en acato a las principales teorías de la retroactividad, las leyes procesales no pueden ser objeto de interpretación retroactiva, regla que encuentra su excepción precisamente en nuestro tema de estudio que es la prisión preventiva, pues como lo afirma el procesalista español Alfonso Furelos, la prohibición de interpretar retroactivamente las leyes procesales en todos los casos es anacrónica y propia de sistemas jurídicos arbitrarios, especialmente cuando este tema se analiza bajo la perspectiva moderna en materia de derechos humanos y en conjunto con la información criminológica aportada por distintos medios oficiales y particulares.

Ello en función de que para la realización de dicha interpretación se deben contemplar otros principios jurídicos de gran relevancia en nuestro sistema jurídico como la supremacía e identidad constitucional y la progresividad de las leyes, mismos que persiguen adecuarse a una realidad social dinámica. De tal manera la política criminal adoptada por el constituyente permanente con la reforma constitucional que instaura el procedimiento penal acusatorio es muestra clara de la voluntad política de mejorar nuestro sistema de administración de justicia penal en beneficio de las partes involucradas en el proceso.

Toda vez que la disposición procesal que regula la procedencia de la prisión preventiva oficiosa es una norma de tipo procedimental sustancial, (pues en ella se vierten temas estrechamente relacionadas con derechos fundamentales relativos a la libertad, a la administración de justicia, y debido proceso), debe sujetarse a los principios constitucionales referidos en el párrafo anterior, e incluso el Tribunal Constitucional español ha resuelto en el sentido de que para el estudio de la retroactividad de una norma procesal en caso de una medida restrictiva de la libertad personal, el juzgador siempre debe inclinarse por la disposición que afecte de menor manera al imputado.

De tal manera la única excepción al principio procesal *tempus regit actum* es precisamente la relativa a las medidas cautelares restrictivas de la libertad, especialmente a la prisión preventiva atento a su naturaleza, objetivos y la gravísima situación de nuestro sistema penitenciario y de seguridad pública. Así el artículo cuarto transitorio de la reforma penal de junio del 2008 que prohíbe expresamente la aplicación de los principios penales acusatorios inmersos en la Constitución a todo proceso iniciado con anterioridad a la declaratoria de inicio de vigencia del sistema acusatorio adversarial, en materia de prisión preventiva oficiosa dentro de los procesos penales iniciados bajo un ordenamiento legal procesal de tipo inquisitivo o mixto, violenta el derecho fundamental del individuo a la seguridad jurídica, la libertad y la dignidad humana.

No obstante lo anterior, como lo hemos referido a lo largo de nuestra investigación, ni la Suprema Corte de Justicia, ni ninguna institución judicial puede declarar la contradicción de alguna reforma constitucional hacia principios inmersos en la propia Constitución, es decir, en nuestro país no existe autoridad alguna que pueda limitar el actuar del constituyente permanente; de tal manera la interpretación realizada por los tribunales federales en el sentido de negar la interpretación retroactiva de la ley procesal en materia de prisión preventiva oficiosa (inmersa en el artículo 4º transitorio de la reforma constitucional), se encuentra apegada a derecho a pesar de que existen elementos materiales y teóricos para arribar a la conclusión opuesta.

4.3. Propuestas.

1.- La gravedad de la situación en que se encuentran miles de internos recluidos en las cárceles de nuestro país bajo prisión preventiva oficiosa es un tema que debe ser atendido por los tres niveles de gobierno en sus respectivas competencias y órganos; como medio de proponemos la reforma al artículo cuarto transitorio de la reforma constitucional del 18 de junio del 2008

Tal reforma debe agregar un segundo párrafo en el que se lo relativo a las medidas cautelares, y en especial a la prisión preventiva oficiosa como excepción a la prohibición de aplicar los principios procesales acusatorios y el catálogo de delitos graves a los procesos penales iniciados antes de la declaratoria de entrada en vigencia de la reforma.

2.- Reformar el artículo 14 de nuestra Carta Fundamental para efecto de agregar de manera expresa el derecho a la interpretación retroactiva de la ley a favor del reo. Es importante que un derecho tan importante sea elevado a rango constitucional y por su puesto limitado de manera precisa para no crear incertidumbre jurídica entre los gobernados.

Lo anterior tiene su respaldo en el principio pro persona instaurado en nuestro sistema jurídico mediante la reforma en materia de Derechos Humanos del año 2011. Toda vez que toda autoridad cuando existan diversos ordenamientos jurídicos debe elegir e interpretar el que mayor beneficio traiga al gobernado, resulta congruente realizar la reforma en cita.

3.- En función de la ausencia de un órgano facultado para controvertir las reformas realizadas a la Constitución en los casos a que la modificación sea contraria a alguno de los derechos o principios establecidos en la propia Constitución. Fenómeno que es precisamente la causa de la problemática planteada en esta investigación, pues al momento de la publicación de la reforma constitucional del 18 de junio del 2008 no existió manera de inconformarse con lo establecido por el multicitado artículo cuarto transitorio de dicha reforma, lo que tuvo como consecuencia que los imputados lo pretendieran hacer valer mediante juicio de garantías; sin embargo la Suprema Corte de Justicia no tuvo más que apegarse a lo ordenado por la constitución resolviéndose por no permitir la aplicación de

los principios del sistema acusatorio a procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada de su vigencia.

En esa función proponemos reformar los artículos 113 y 115 de nuestra Constitución para facultar a la Suprema Corte de Justicia para declarar la inaplicabilidad parcial o total de alguna reforma constitucional cuando exista contradicción entre ella y principios o derechos contenidos previamente en la Constitución; con lo que se brindaría a la sociedad de una mayor certeza jurídica y política, pues ahora la Suprema Corte en verdad adquiriría la función de protectora de la Constitución, sus principios y los derechos reconoce a los gobernados.

Fuentes de investigación, información y consulta.

Bibliografía.

- BANACLOCHE Palao, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y restricciones en el derecho español*, Madrid 1996, McGraw-Hill.
- BARATTA Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, Argentina 2004.
- BARRITA López, Fernando A., *Prisión preventiva y ciencias penales (enfoque interdisciplinario)*, 3º edición, Editorial Porrúa, México 1999.
- BERGMAN, Marcelo et. al., “*Delito y Cárcel en México, deterioro social y desempeño institucional, reporte histórico de la población carcelaria en el Distrito Federal y el Estado de México 2002 a 2013: Indicadores clave*”, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México, México, 2014
- CARRANCÁ y Rivas Raúl. *Derecho Penitenciario.*, 3a edición, Editorial Porrúa. México 2011.
- CARRANZA, Elías, *Sobrepoblación penitenciaria en América latina y el caribe: situación y respuestas posibles, Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, Siglo XXI editores en coedición en con Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente (ILANUD), México 2001.
- CASTILLEJO y Duarte, José, *Historia del Derecho Romano*, edición facsimilar, España, Dykinson, S.L., 2004.
- CLAPP Vaillant, George, *La civilización azteca*, traducción de Samuel Vasconcelos, 2ª edición, México 1995, Fondo de Cultura Económica.
- Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de justicia de la Nación, *Derecho a la libertad personal*, Serie Derechos Humanos, México 2014.
- Escriche, “*Variedades de Jurisprudencia o Colección de diversas piezas útiles para la ilustración del Derecho*”. 1850-1855, México, Imprenta T.M. Lara, edición facsimilar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006.
- FAIRCHILD Pratt, Henry, *Diccionario de Sociología*, 2ª edición en español, México 1997, Fondo de Cultura Económica.
- FERRAJOLI Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 6º edición, España 2004, Editorial Trotta.
- FIX Zamudio, Héctor y Fix Fierro Hector, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada*, 20º edición, tomo I, México 2009, Editorial Porrúa.
- FIX-Zamudio, Héctor, y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo*, 2ª edición, México 2013, Editorial Porrúa.

- FLORIS Margadant, Guillermo, *El Derecho privado romano*, 26 edición, Naucalpan Edo. México, México. Editorial Esfinge, 2003.
- FOUCAULT Michel. *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, 34° edición, México 2005, Siglo XXI editores.
- GARCÍA Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 56ª edición, México 2004, Editorial Porrúa.
- GARCÍA Ramírez, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México 2012, Editorial Porrúa.
- GARCÍA Ramírez, Sergio, *Justicia Penal*, 2ª edición, México 1998, Editorial Porrúa.
- GARCÍA Ramírez, Sergio. *La Reforma Constitucional Penal (2007-2008), ¿democracia o autoritarismo?*, 4° edición. México 2010, Editorial Porrúa.
- GARRONE José Alberto. *Diccionario manual jurídico*, 2ª edición, tomo I, Buenos Aires 1989, Abeledo – Perrot.
- GÓMEZ de la Torre, Ignacio Berdugo, et. al., *Curso de Derecho Penal Parte General*, Barcelona, España, 2004, Ediciones Experiencia.
- HERMOSO, Larragoiti, Héctor Arturo. *Del Sistema Inquisitorio al Moderno Sistema Acusatorio en México*, 2ª edición, México 2013, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- JIMÉNEZ de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 4° edición, Buenos Aires, 1977, Editorial Losada S. A, Tomo I.
- MAIER B. Julio, *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, 2ª edición., Argentina 2004, Editorial del Puerto.
- MELOSSI Darío, y Pavarini, Massimo. *Cárcel y Fábrica, los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, Traducción Xavier Massimi, primera edición en español 1980, sexta reimpresión, México 2010, Siglo XXI editores.
- MENDOZA Bremauntz, Emma. *Derecho Penitenciario*, México 1998, McGraw-Hill.
- MUÑOZ Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal parte general*, 6ª edición, Valencia 2004, Tirant lo Blanch.
- NÁJERA González, Xavier, *La importancia de la integración del bien jurídico, la construcción de las normas penales*, México 2007, Editorial Porrúa.
- PABLOS de Molina, Antonio García. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, 3ª edición, Valencia 1996, Editorial Tirant lo Blanch libros.

- PÉREZ Becerra, José Luis. *Derechos Humanos Y Ombudsman en México*. Primera Edición Puebla, México 2004. Editorial Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla.
- PETIT Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, traducido por Ferrández González, José, 21° edición, México 2005, Editorial Porrúa.
- RAWLS John, *Teoría de la Justicia*, 6ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica. México 2006.
- RODRÍGUEZ de San Miguel, Juan N, *Juicios Criminales*, edición facsimilar, parte IV, México, 1978, Universidad Nacional Autónoma de México.
- ROEMER, Andrés. *Economía del crimen*, México 2008, Noriega editores.
- ROJINA Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil volumen I, Introducción, Personas y familia*, México 1962, Editorial Libros de México.
- ROXIN Claus, *Derecho Procesal Penal*, traducción de la 25° edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor revisada por Julio B. J. Maier. Buenos Aires 2000. Editores del Puerto.
- SILVA Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, España 2001, Civitas Ediciones S.L.
- TENA Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2002*, 23ª edición, México 2002, Editorial Porrúa.
- URIBE Benítez, Óscar, *La Prisión Preventiva en el proceso penal acusatorio y oral de México*, México 2009, Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de la Cámara de Diputados.
- ZEPEDA Leucona, Guillermo, *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*, México 2010, Open Society Justice Institute.

Cibergrafía.

- AGUILAR Conde Araceli, et al. “*Realidad y políticas penitenciarias*”, Boletín criminológico del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología. Número 136, correspondiente a los meses de junio y julio del año 2012, visible en el sitio web de la Dirección General de Bibliotecas de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, consultado el día 10 de enero del 2015.
<http://www.bibliotecas.buap.mx/portal/search/index/UmVhbGlkYWQgeSBwb2zDrXRpY2FzIHBlbml0ZW5jaWFyaWE>
- AGUIRRE-Pabón, Javier Orlando, “*Dignidad, Derechos Humanos y la filosofía práctica de Kant*”, grupo POLITEIA adscrito a la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 12 de julio del 2016. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/123/cnt/cnt3.pdf>
- ALFONSO, Da Silva, José, “*Naturaleza jurídica de las normas constitucionales*”, traducción González, Martín, Nuria, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 20 de enero del año 2016. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1000>

- ALONSO Furelos, Juan Manuel, “*Efectos de la sucesión temporal de leyes iniciado el proceso (irretroactividad y retroactividad) (Primera parte: Aspectos particulares)*”, visible en el sitio web oficial de la Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), número 14 año 2014, consultado el 08 de junio del 2016.

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20150408_03.pdf

- ALONSO Furelos, Juan Manuel, “*Efectos de la sucesión temporal de leyes iniciado el proceso (irretroactividad y retroactividad) (Segunda parte: Aspectos especiales)*”, visible en el sitio web de la Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), número 15 año 2014, consultado el 08 de junio del 2016.

<http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/14134/12697>

- Aportaciones procedentes de la psicología, la psiquiatría y al psicoanálisis, visible en el sitio web del Portal de alumnos de Criminología y Detective Privado de la Universidad de Salamanca, consultado el 9 de febrero de 2016.

http://www.criminologia.org.es/aportaciones/primero/Crim_apuntse_6.pdf

- BARATTA, Alessandro, “*Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social*”, Universidad de Santiago de Compostela, visible en el sitio web consultado el 6 de enero del 2016.

https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4216/1/pg_014069_penales12.pdf

- BECERRA Ramírez, Manuel, “*Anuario Mexicano de derecho internacional*”, volumen VI, México 2006, visible en el sitio web de la asociación civil CPIMéxico, consultado el 6 de agosto del 2015.

<http://www.cpimexico.org.mx/portal/wp-content/uploads/2013/11/SPE-ISS-10-10.pdf>

- BERNAL Gómez, Beatriz, *Historia del Derecho*, Nostra Ediciones en participación con el Nostra ediciones en participación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 4 de agosto del 2015.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3263/7.pdf>

- BERNALDO de Quirós, Constancio. “*Una polémica sobre la normalidad del delito*” visible en el sitio web consultado el 12 de enero del 2015. dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/743416.pdf

- BOOTH, Alan, “*El ambiente construido, disuasivo del delito: Un replanteamiento del –espacio defendible–*”, traducido por Del Amo Martín, Tomás, visible en el sitio web consultado el 23 de enero del año 2015.

www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/65901

- CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las Providencias Cautelares*, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, visible en el sitio web consultado el 25 de octubre del 2014.

<https://espanol.freebooks.net/categoria/cienciassociales/015464calemandrei.pier-intr.estudio.med-caut.pdf>

- CARBONELL, Miguel, “*Las cárceles en México ¿para qué?*”, investigación realizada con cooperación de la organización no gubernamental MéxicoEvalúa, visible en el sitio web consultado el 5 de febrero del año 2016.
http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/la_c_rcel_en_M_xico.pdf

- CARBONELL, Miguel, “*Prisión Preventiva*”, visible en el sitio oficial de Miguel Carbonell, consultado el 18 de marzo del 2016.
http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Prisi_n_Preventiva.shtml

- CÁRDENAS, Gracia, Jaime, “*Introducción al estudio del Derecho*”, Nostra ediciones en participación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 4 de agosto del 2016, <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3260/1.pdf>

- Centro de Colaboración Cívica, asociación civil con apoyo del Centro de Investigación y Docencias Económicas y Observatorio Juarense de Seguridad Pública y Seguridad Social, “*Diálogo sobre seguridad pública con enfoque de derechos humanos*”, visible en el sitio web del Centro de Colaboración Cívica, consultado el 12 de febrero del 2015.
http://www.seguridad.colaboracioncivica.org/index.php?option=com_content&view=article&id=3

- CHACÓN Rojas Carlos Oswaldo y Natarén Nandayapa Faustino, “*Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Penal Acusatorio*”, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, visible en el sitio web de la SETEC, consultado el 18 de diciembre del 2015.
<http://setecc.egobierno.gob.mx/files/2013/03/Las-medidas-cautelares-en-el-procedimiento-penal-acusatorio.-Cacon-Rojas.pdf>

- CORIGLIANO, Mario E., “*Plazo razonable y prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*” visible en el sitio web de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos consultado el día seis de marzo del año 2015.
<http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Eventos/Convocatorias/bibliografia/PlazoRazonablePrisionPreventivaJurisprudenciaCDH.pdf>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Control de Convencionalidad*”, Cuadernillo de Jurisprudencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos Número 7, visible en el sitio web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultado el 10 de marzo del 2016.
<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión consultiva OC-5/85, de fecha 12 de noviembre de 1985, citada por la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de justicia de la Nación; Derecho a la libertad personal, Serie Derechos Humanos, México 2014.

- DÍAZ, Elías, “*Estado de Derecho y Legitimidad Democrática*”, Madrid, España 1998, Editorial Taurus, p.63 visible en el sitio web de la universidad Autónoma de Madrid, consultada el 17 de febrero del 2015.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831255.pdf>

- División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Lineamientos para entrega de trabajos académicos, visible en el sitio web de dicha unidad, consultado el 10 de mayo del 2016.

http://www.posgrado.derecho.unam.mx/maestria_doc/Lineamientos_para_entrega_trabajos_academicos.pdf

- DONZELOT, Jacques, "*Genealogía del Poder No. 6 Espacios de Poder*", Ediciones La Piqueta, Madrid, visible en el sitio web del Sistema de Información Científica Redalyc. Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, consultado el 15 de junio del año 2015.

<http://www.redalyc.org/pdf/181/18111430004.pdf>

- Instituto Nacional de Geografía y Estadística, "*Estadísticas Judiciales en Materia Penal de los Estados Unidos Mexicanos 2011*", obtenida del sitio web del banco de datos del Instituto Nacional de Geografía y Estadística, consultado el 18 de enero del año 2015.

http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/continuas/sociales/judiciales/2012/judiciales_2011.pdf

- ESCOBAR, Ana Cecilia et. al., "*12 de cada 100, reincidencia delictiva en México*", artículo publicado en el sitio web del diario Periodismo de guerra, consultado el 28 de febrero del 2014.

<https://periodismodeguerra.wordpress.com/2014/05/31/12-de-cada-100-reincidencia-delictiva-en-mexico/>

- ESPARZA F., Abelardo, "*Política criminal, La prisión preventiva: Algunos criterios de política criminal*", Vínculo Jurídico, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas, publicada el 4 de diciembre de 1990, visible en el sitio web consultado el 1 de enero del 2016.

<http://www.uaz.edu.mx/vinculo/webvj/Irev4.htm>

- FERNÁNDEZ Arciga, Andrea, "*Origen de la pena de prisión, su orientación criminológica y la pretendida rehabilitación*", artículo visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 10 de octubre del año 2014.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3104/19.pdf>

- FERNÁNDEZ Hagggar, María Enriqueta, "*Alcance de la interpretación conforme y el principio pro personae en materia de derechos humanos frente al contenido de la constitución federal en el Estado mexicano*", artículo visible en la sección de transparencia y acceso a la información de la Suprema Corte de Justicia, consultado el 28 de julio del 2016.

<https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/188/MAR%C3%8DA%20ENRIQUETA%20FERNANDEZ%20HAGGAR.PDF>

- FIX-Zamudio, Héctor, "*La administración de justicia*", artículo visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 21 de mayo del 2014.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/982/6.pdf>

- GARCÍA Ramírez, Sergio, “*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México, consultado con fecha ocho de junio del 2015.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/95/art/art3.htm>

- GARCÍA Saavedra, José David, “*Aplicación retroactiva de la ley penal*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 21 de marzo del 2015.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2114/34.pdf>

- GASCÓN Abellán, Marina, “*La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli - Derecho y razón.*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 9 de mayo del 2016.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr13.pdf>

- GARCÍA Gaspar, Donna Marlen, “*Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos*”, Derecho Penitenciario UNAM, sitio web de la facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México concerniente a estudios de derecho penitenciario, consultado el 4 de abril del 2015.

<http://dpenitenciario-unam.blogspot.mx/2009/10/reglas-minimasdelasnaciones-unidas.html>

- GILBERTO Rodríguez, Cristhian, “*Actuales tendencias del derecho penal: del garantismo al moderno derecho penal*”, artículo publicado en la revista Derecho Penal Online, revista de Derecho penal, procesal penal y Criminología, visible en el sitio web de dicha revista, consultado el 9 de mayo del 2016. <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,407,0,0,1,0>

- GINER Jesús, “*Conflicto social (teorías del)*”, visible en el sitio web del artículo la revista electrónica publicada por la Universidad Complutense de Madrid consultada el 5 de enero del 2015. http://pendientedemigracion.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/C/conflicto_social_teorias.pdf

- GÓMEZ Lara, Cipriano, “*El debido proceso como derecho humanos*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 3 de junio del año 2016.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/17.pdf>

- GUEVARA B., José A. “*La prohibición de la aplicación retroactiva de la ley*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 22 de marzo del 2016.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/10.pdf>

- Honorable congreso de la Unión, “*Diccionario general de términos parlamentarios*”, visible en el sitio web de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión consultado el 1 de marzo del 2015.

http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/virtual/dip/dicc_tparla/a.pdf

- HUERTA Ochoa, Carla et. al, “*Artículos transitorios y derogación*”, Boletín Mexicano de Derecho comparado número 102, revista jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 9 de mayo del año 2016.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/102/art/art5.htm>

- HUERTA, Ochoa, Carla, “*El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 28 de junio del año 2016.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2375/8.pdf>

- HUERTA Ochoa, Carla et. al, “*El proceso constituyente mexicano. a 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México 2007., consultado en el 9 de enero del 2015.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2389/19.pdf>

- HUERTA, Ochoa, Carla, “*Retroactividad en la Constitución*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 17 de mayo del 2017.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2389/19.pdf>

- HUERTA, Ochoa, Carla, “*Sobre la validez temporal de las normas. la retroactividad y ultraactividad de las normas en el sistema jurídico*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 28 de mayo del año 2015.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/FilosofiaDerecho/1/ar1/ar19.pdf>

- HUERTA Ochoa, Carla, et. al., “*Teoría del Derecho, cuestiones relevantes*”, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2008, Instituto de Investigaciones Jurídicas., visible en el sitio web del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Tamaulipas, consultado el 31 de octubre del año 2016.
<http://stjtam.gob.mx/Cursos/libros/0000642.pdf>

- Instituto Nacional de Geografía y Estadística, “*Estadísticas de Gobierno, Seguridad Pública y Justicia Estatal 2013*”, visible en el sitio web del Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, consultado el 3 de mayo del año 2014.
<http://www.clearla.cide.edu/sites/default/files/Day%20Peer%20Learning%20Visit%20INEGI%204.pdf>

- Instituto Nacional de Geografía y Estadística, “*Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2014*”, visible en el sitio web del Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, consultado el 12 de mayo del año 2015.
http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/productos//prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825068592.pdf

- Instituto Nacional de Geografía y Estadística, “*Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario 2014*”, visible en el sitio web oficial del Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, consultado el día 16 de mayo del año 2014.
<http://www3.inegi.org.mx/sistemas/biblioteca/ficha.aspx?upc=702825068578>

- Instituto Nacional de Geografía y Estadística, “*Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario 2015*”, visible en el sitio web oficial del Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, consultado el 16 de mayo del año 2016.

http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/Productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvini/inegi/productos/nueva_estruc/702825080761.pdf

- Instituto Nacional de Geografía y Estadística, “*Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública 2015*”, visible en el sitio web del INEGI, consultado el 2 de octubre del 2015.

http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/encuestas/hogares/regulares/envipe/envipe2015/doc/envipe2015_presentacion_nacional.pdf

- Instituto Nacional de Geografía y Estadística, “*Estadísticas de gobierno, seguridad pública y justicia estatal, 2013*”, visible en el sitio web del Instituto Nacional de Geografía y Estadística, consultado el 3 de mayo del año 2014.

<http://www.clearla.cide.edu/sites/default/files/Day%20Peer%20Learning%20Visit%20INEGI%204.pdf>

- ÍÑIGO Ortiz de Urbina, Gimeno, “*La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (¿Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?)*”, visible en el sitio web del Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, Ex-Magistrado de la Corte Suprema del Ecuador, consultado el 20 de octubre del año 2015.

http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/referencia_politicocriminal.doc

- JIMÉNEZ Ornelas, René Alejandro, “*El secuestro: uno de los males sociales del mexicano*”, visible en el sitio de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 24 de diciembre del año 2015.

<http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/244.pdf>

- JIMÉNEZ Ornelas René Alejandro, et. al., “*Los desafíos de la seguridad pública en México. Percepción negativa de la seguridad pública: Ciudad de México y república mexicana*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 30 de agosto del año 2015.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/419/14.pdf>

- KOSTENWEI Ezequiel, “*La prisión preventiva: interpretando su estructura*”, Prisma jurídico, vol. 14, 2 julio-diciembre, 2015, Universidad Nove de Julho, Sao Paulo, Brasil, p.75, visible en el sitio web del Sistema de Información Científica REDALYC, Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, consultado el 16 de noviembre del año 2015.

<http://www.redalyc.org/pdf/934/93444243003.pdf>

- KROPOTKIN, Pedro, *Las prisiones*, versión digital disponible en el sitio web consultado el 18 de mayo del 2014.

<http://espanol.free-books.net/ebook/Las-prisiones>

- “*La Jurisprudencia*”, Visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 16 de agosto del año 2015.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2460/4.pdf>

- LANDA César, “*Teoría de los derechos fundamentales, Cuestiones constitucionales*”, Revista mexicana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), visible en el sitio web consultado el 15 de enero del año 2016. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/6/ard/ard3.htm>

- MORELLO Mario, Augusto, y Vescovi, Enrique, “*Medidas Provisionales y medidas cautelares*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 29 de septiembre del año 2015.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2047/12.pdf>

- México Evalúa, “*Seguridad y Justicia Penal en los estados: 25 indicadores de nuestra debilidad institucional*”, visible en el sitio web de la organización no gubernamental MéxicoEvalúa, consultado el 18 de febrero del año 2014.

http://www.mexicoevalua.org/wpcontent/uploads/2013/02/MEXEVA_INDX_SJPE-LOW.pdf

- NÁJAR, Alberto, “*México: ¿cuánto pagan los presos por sobrevivir en las cárceles?*”, publicado en el sitio web de la British Broadcasting Corporation, BBC Mundo, Ciudad de México, publicado el 30 noviembre 2015, consultado el 10 de febrero del año 2016.

http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/11/151124_mexico_presos_carcel_pago_an

- OJEDA Velázquez, Jorge, “*Reinserción social y función de la pena*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 14 de febrero del año 2015.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3169/7.pdf>

- ORTIZ-Orquidi, Raúl, “*Los conflictos de leyes en el tiempo a la luz de la doctrina, de la legislación y de la jurisprudencia. Ensayo de revisión a su teoría general y a su solución legislativa*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 19 de julio del año 2016.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/99/dtr/dtr15.pdf>

- OVALLE Favela, José. “*La administración de justicia en México*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 17 de mayo del año 2014.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/474/5.pdf>

- PAZ Susana, “*Las cárceles en México y América Latina*”, cita de lo afirmado por Elena Azaola Garrido investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, durante el Seminario de Antropología Jurídica convocado por el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social y la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, visible en el sitio web de la Agencia Informativa Consejo nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt), consultado el 15 de noviembre del año 2015.

<http://www.conacytprensa.mx/index.php/ciencia/humanidades/1878lascarceles-en-mexico-y-america-latina>

- PACHECO Máximo, “*La Teoría Marxista del Estado y del Derecho*”, artículo disponible en el sitio web de la Facultad de Derecho de la universidad de Chile, en su revista número 10 de 1970, consultado el 21 de septiembre del año 2015.

<http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4231/4121>

- PÉREZ Santacruz, Julio César, “*Derechos fundamentales, guía de estudio electiva/optativa*”, Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio web de la Facultad de Derecho, división de universidad abierta de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 22 de junio del 2016.

http://www.derecho.unam.mx/ofertaeducativa/licenciatura/sua/Guias_optativas/Actualizadas/Guia_Derechos_Fundamentales.pdf

- PETERS, Edward, *La tortura*. Madrid: Alianza Editorial, visible en el sitio web consultado el 5 de abril del 2015, Madrid 1987, Alianza Editorial, p.198., visible en el sitio web consultado el 12 de enero del año 2015.

<http://www.iberlibro.com/tortura-Peters-Edward-Alianza/14502327405/bd>

- RAZ Joseph, “*El concepto de Sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*”, traducido por Tamayo y Salmorán, Rolando, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 21 de mayo del año 2015.

<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=877>

- Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, visible en el sitio web de oficial, consultado el ocho de abril del año 2017.

<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=g%C3%A9nesis>

- Reinserta, organización no gubernamental encargada del estudio en materia penitenciaria, información visible en el sitio web de dicha organización, información consultada el 6 de febrero del año 2014. <http://www.reinserta.org/>

- RODRÍGUEZ Magariños, Faustino Gudín, “*Cárcel electrónica versus prisión preventiva*” visible en el sitio web de la Universidad Nacional de Educación a distancia, consultado el 24 de enero del año 2015.

http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Gudin_Prision_Preventiva.pdf

- RODRÍGUEZ Manzanera, Luis, “*Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América latina y el Caribe*”, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Parte segunda: Panorama de las alternativas a la prisión en América latina (Países de sistema penal de herencia continental-europea), Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD (Proyecto RLA/88/001/D/ 01/01 “Apoyo al sistema de justicia y derechos humanos para el desarrollo”) y de la Universidad de West Indies UWI. ISBN 950-14-0630-X, visible en el sitio web de UNPAN (United Nations Public Administration Network), unidad enmarcada en el Departamento de Asuntos Social y Económicos de las Naciones Unidas, consultado el 1 de diciembre del año 2015.

<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan028733.pdf>

- ROSAS Torrico, Marcia Amparo, “*Peligro de fuga y prisión preventiva*”, visible en el sitio web de la organización académica Librería y Ediciones Jurídicas, consultado el veinticuatro de junio del año 2015.

<http://librejur.net/librejur/Documentos/RevistaVirtual/2013/07%20%20ROSAS.pdf>

- SÁENZ Rojas, Mario A., “*El discurso resocializador: hacia una nueva propuesta para el sistema penitenciario*”, Rev. Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica, visible en el sitio web consultado el 2 de febrero del año 2014.

<http://revistacienciasociales.ucr.ac.cr/numeros/115/saenz.pdf>

- SALVIOLI Fabián Omar, “*Algunas reflexiones sobre la indemnización en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos humanos*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 10 de octubre del año 2014.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1837/12.pdf>

- SÁNCHEZ Jiménez, Arturo, “*Proponen replantear el modelo penitenciario*”, Seminario internacional de criminología y victimología, organizado por el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, visible en el sitio web del diario La Jornada correspondiente al día jueves 4 de septiembre del año 2014.

<http://www.jornada.unam.mx/2014/09/04/politica/008n3pol>

- Secretaría de Hacienda y Crédito Público, “*Clasificador por Objeto del Gasto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público*”, visible en el sitio web del Diario Oficial de la Federación, consultado el día 20 de abril del año 2015.

http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5286179&fecha=30/01/2013

- Seminario de Antropología Jurídica convocado por el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social y la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, visible en el sitio web de la Agencia Informativa Consejo nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt), consultado el 15 de noviembre del año 2015.

<http://www.conacytprensa.mx/index.php/ciencia/humanidades/1878lascarceles-en-mexico-y-america-latina>

- SILVA García, Fernando y Villeda Ayala, Alfredo, “*Libertad de configuración legislativa e irretroactividad de las leyes*”, revista del Instituto de la Judicatura Federal, visible en el sitio web oficial de dicha dependencia, consultado el 15 de junio del año 2016.

<http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/31/Interiores/9%20Fernando%20Silva%20Garc%C3%ADa%20pag%20177-210.pdf>

- SARRE Íguiniz, Miguel, “*Improcedencia de la prisión preventiva para las personas procesadas por delitos cuya penalidad admite un sustitutivo de prisión*”, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 10 de octubre del año 2014.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/85/5.htm>

- Secretaría de Gobernación, “*Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional correspondiente al año 2013*”, visible en el sitio web de la Secretaría de Seguridad Pública, consultado el 27 de agosto del año 2014.

<http://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/ShowBinary?nodeId=/BEA%20Repository/365162//archivo>

- Secretario de Seguridad Pública, “*Manual de Organización General*”, visible en el sitio oficial de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, consultado el 12 de diciembre del año 2015.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regla/n141.doc>.

- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, órgano dependiente directamente de la Secretaría de Gobernación Federal, “*Incidencia Delictiva del Fuero Común 2013*”, visible en el sitio web oficial de la Secretaría de Gobernación Federal, consultado el 20 de enero del año 2015.

http://secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/estadisticas%20del%20fuero%20comun/Cieisp2013_092015.pdf

- Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, “*Curso de Introducción al Sistema Penal Acusatorio*”, visible en el sitio web oficial, consultado el 14 de febrero del año 2016.

http://mx.televisioneducativa.gob.mx/c4x/SETECSEGOB/SETECInic/asset/1_1.pdf

- Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, “*Curso Introducción al Sistema Penal Acusatorio, módulo I, unidad 2*”, visible en el sitio web de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, consultado el 27 de marzo del año 2016.

<http://mx.televisioneducativa.gob.mx/courses/SETECSEGOB/SETECInic/2016/courseware/679cafcfd8c540609a581f193dd3d63f/aefd95aea4014d95a5f5f134805b8b32/>

- Secretaría de Servicios Parlamentarios de la Cámara de Diputados, Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información, “*Cuaderno de apoyo reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (proceso legislativo)*”, visible en el sitio web de la Cámara de diputados, consultado el 8 de febrero del año 2015.

<http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>

- SEREY Torres, Gonzalo Álvaro, “*Una Libertad Procesal: Análisis y Proposición Constitucional (un “approach” de la libertad provisional en torno al nuevo proceso penal)*” Revista Ius et Praxis, publicada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, correspondiente al Año 7 N° 2: 273 - 283, 2001, visible en el sitio web consultado el 20 de julio del año 2015.

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122001000200012&script=sci_arttext

- STEINSLEGER José. *En México y América Latina hay un nuevo genocidio en curso; entrevista al Doctor Eugenio Raúl Zaffaroni*#, visible en el sitio web del diario La Jornada correspondiente al día martes 28 de abril de 2015., consultado el 18 de enero del año 2016

<http://www.jornada.unam.mx/2015/04/28/politica/012e1pol>

- Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Anexo número 13 del Informe estadístico en materia de transparencia correspondiente al año 2013”, visible en el sitio web oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultado el 16 de agosto del año 2014.
https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/2013EstIntro/intro_2013.pdf
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Atribuciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, visible en el sitio web oficial de la SCJN, consultado el 7 de junio del año 2016.
<https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/Paginas/atribucionesSCJN.aspx->
- *Teorías de la investigación* visible en el sitio web del Congreso de la República de Perú, consultado el sitio web de dicha institución el día 8 de diciembre del año 2015.
http://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/extorsion/Teorias_pena_investigacion.pdf
- VALENZUELA, Arturo, “Naturaleza de la Ley Procesal”, artículo visible en el sitio web oficial del Instituto de la Judicatura Federal, consultado el 12 de marzo del año 2016.
<http://www.ijf.cjf.gob.mx/Docs/2011/DerProcesalCivil/Valenzuela/Parte3/Capitulo1.pdf>
- VERA Rodrigo, “Las cárceles como negocio privado”, sitio virtual de la Revista Proceso, publicado el 20 de agosto del 2014, consultado el 7 de febrero del año 2016.
<http://www.proceso.com.mx/379980/las-carceles-como-negocio-privado>
- VERA Rodrigo, “Reos... de la iniciativa privada”, sitio virtual de la Revista Proceso, publicado el 16 de mayo del 2013, consultado el 7 de febrero del año 2016.
<http://www.proceso.com.mx/342152/reos-de-la-iniciativa-privada-2>
- VILLADIEGO Burbano, Carolina, *Estrategias para racionalizar el uso de la prisión preventiva en américa latina: mecanismos para evaluar la necesidad de cautela*, visible en el sitio web del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, consultado el 30 de abril del año 2015.
http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/CVILLADIEGO_Estrategiaspararacionalizarelusodelaprisionpreventiva.pdf
- VOLGA de Pina Ravest, “Podemos ser optimistas a seis meses del vencimiento del plazo constitucional para implementar el sistema acusatorio?”, artículo publicado en el sitio web de la Asociación Civil y académica ReformaPenal Mx, publicado el 17 diciembre del 2015 y consultado el 20 de diciembre del año 2015.
<http://reformapenalmx.org/2015/12/podemosseroptimistasaseismesesdelvencimiento-del-plazo-constitucional-para-implementar-el-sistema-acusatorio/>
- ZALDIVAR, Lelo de Larrea, Arturo, “Estado de Derecho”, Barra Mexicana de Abogados, Editorial Themis, visible en el sitio web del Colegio de Abogados A.C., consultado el once de enero del año 2016.
http://www.sitios.scjn.gob.mx/arturozaldivar/sites/default/files/articulos_pdf/El-estado-de-derecho-y-la-justicia-constitucional.PDF
- ZEPEDA Leucona, Guillermo, “Situación y desafíos del sistema penitenciario mexicano”, documento realizado para México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas A.C, visible en el sitio web de la Asociación civil México Evalúa, consultado el 23 de noviembre del año 2015.
<http://www.mexicoevalua.org/wpcontent/uploads/2013/08/ElSistemaPenitenciario-Mexicano-GZEPEDAL-2013.pdf>

- ZEPEDA Leucona, Guillermo, “*El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México*”, ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, visible en el sitio web de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el 22 de febrero del año 2014.

<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-516s.pdf>

Legislación e instrumentos internacionales.

- Alto Comisionado para los Derechos Humanos, dependiente de la Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, visible en el sitio web de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, dependiente de la Organización de las Naciones Unidas, consultado el 27 de abril del año 2015.

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

- Alto Comisionado para los Derechos Humanos, dependiente de la Organización de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*, consultado el 27 de abril del año 2015.

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx>

- Asamblea Nacional Constituyente Francesa, *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, visible en el sitio web de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), consultado el día 12 de julio del año 2015.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>

- Asamblea General de las Naciones Unidas, *Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, visible en el sitio web en español de la Organización de las Naciones Unidas, consultado el 12 de junio del año 2016. http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml

- Comisión de Derecho internacional de la Organización Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, artículo 2 inciso d), visible en el sitio web oficial de la Organización de Estados Americanos, consultado el cuatro de agosto del año 2014.

https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf

- Congreso Constituyente reunido del 1o. de diciembre de 1916, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, visible en el sitio web de la cámara de Diputados, consultado el 14 de enero del año 2015.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

- Congreso Constituyente reunido del 1o. de diciembre de 1916, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos antes de la reforma del año 2008*, visible en el sitio web oficial de la Universidad Autónoma de Hidalgo, consultado el 24 de febrero del año 2015.

<file:///C:/Users/MrFoo/Desktop/constitucion%20politica%20de%20los%20estados%20unidos%20mexicanos%20antes%20de%20la%20reforma%202008.pdf>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Abrill Alosilla y otros Vs. Perú*, ficha técnica visible en el sitio web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultado el 12 de mayo del año 2016.

http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=346&lang=es

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gangaram Panday vs Surinam, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 21 de enero de 1994*, serie C No.16; *Caso Suárez vs Ecuador, fondo, sentencia de 12 de noviembre de 1997*, visible en el sitio web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultado el 15 de mayo del año 2016.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Velásquez Rodríguez, indemnización compensatoria*, sentencia 21 de julio de 1989, Serie C N 7, Ed. San José de Costa Rica, 1990, pág. 276, visible en el sitio web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultado el 15 de mayo del año 2016.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Fix, Zamudio, Héctor, *opinión consultiva OC1/82. Otros tratados*, Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 1982, pág. 28, párrafo primero de resolución final, visible en el sitio web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultado el 15 de mayo del año 2016.

<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1266.pdf?view=1>

- Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Código Nacional de Procedimientos Penales*, visible en el sitio oficial del Diario Oficial de la Federación, consultado el 15 de abril del año 2015.

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5334903&fecha=05/03/2014

- Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley General contra la Delincuencia Organizada*, visible en el sitio web oficial de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, consultada el 18 de abril del año 2015.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/101_160616.pdf

- Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Código Penal Federal*, visible en el sitio web de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, consultado con fecha 19 de febrero del año 2015.

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5334903&fecha=05/03/2014

- Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley General de Salud*, visible en el sitio web oficial de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, consultada el 12 de abril del año 2015.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_121115.pdf

- Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley General para prevenir y sancionar delitos en Materia de Secuestro*, visible en el sitio web oficial de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, consultado el 18 de abril del año 2015.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPSDMS_170616.pdf

- Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en Materia de Trata de Personas y para la protección y asistencia a las Víctimas de estos delitos*, visible en el sitio web oficial de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, consultado el 18 de abril del año 2015.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPSEDMTP.pdf>

- Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, *Ley Nacional de Ejecución Penal*, visible en el sitio web oficial de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, consultado el 18 de abril del año 2015.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP.pdf>

- Honorable congreso de la Unión, *Ley que Establece las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados*, visible en el sitio web de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, consultado el 25 de agosto del año 2016.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP.pdf>

- Organización de Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, visible en el sitio web oficial de la Organización de Estados Americanos, consultado el día 23 de febrero del año 2014.

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

- Organización de las Naciones Unidas, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, visible en el sitio web oficial de la Corte Internacional de Justicia, consultado el día 23 de febrero del año 2014.

<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>

- IX Conferencia Internacional Americana, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, visible en el sitio web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultado el día 8 de octubre del año 2014.

<https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosDeclaracion/PAG0247.pdf>

Jurisprudencia y resoluciones judiciales.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Control de Convencionalidad*”, Cuadernillo de Jurisprudencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos Número 7, visible en el sitio web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultado el marzo del año 2016.

<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gangaram Panday vs Surinam, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 21 de enero de 1994, serie C No.16; Caso Suárez vs Ecuador, fondo, sentencia de 12 de noviembre de 1997*, visible en el sitio web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultado el 15 de mayo del año 2016.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos; *caso Velásquez Rodríguez, indemnización compensatoria*, sentencia 21 de julio de 1989, Serie C N 7, Ed. San José de Costa Rica, 1990, pág.

276, párrafo 149, visible en el sitio web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultado el 15 de mayo del año 2016.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf

- CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Época: Décima Época Registro: 160584 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1 Materia(s): Constitucional Tesis: P. LXVI/2011 (9a.) Página: 550.

- DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y DERECHO A LA PRIVACIDAD. SU LIMITACIÓN ES EXCEPCIONALÍSIMA Y CORRESPONDE A LA AUTORIDAD JUSTIFICAR SU AFECTACIÓN. Época: Décima Época Registro: 2008637 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 16, Marzo de 2015, Tomo II Materia(s): Constitucional Tesis: 1a. CII/2015 (10a.) Página: 1095.

- DERECHOS ADQUIRIDOS.- [No. Registro: 385,190. Tesis aislada. Materia: Administrativa. Quinta Época. Instancia: Sala Auxiliar. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, CXIX, p. 1593].2 2).

- IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Época: Séptima Época Registro: 234308 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen 175-180, Segunda Parte Materia(s): Penal Tesis: Página: 85.

- IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. ESTE PRINCIPIO NO OPERA TRATÁNDOSE DEL INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 108, FRACCIÓN VI, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CUANDO LA VÍCTIMA FUERE MENOR DE EDAD RESPECTO DE LOS DELITOS TIPIFICADOS EN EL LIBRO SEGUNDO, TÍTULOS QUINTO Y SEXTO, DEL PROPIO CÓDIGO. Época: Décima Época Registro: 2009519 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 19, Junio de 2015, Tomo III Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: I.6o.P.63 P (10a.) Página: 2246.

- LEGISLACIÓN PENAL PARA EL ESTADO DE AGUASCALIENTES. SU ARTÍCULO OCTAVO TRANSITORIO, VIOLA EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD PREVISTO EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL. Época: Novena Época Registro: 178699 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXI, Abril de 2005 Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: 1a. XXIV/2005 Página: 725.

- LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN EN EL INCIDENTE DE SUSPENSIÓN. TRATÁNDOSE DE DELITOS GRAVES EN LA LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL, SU PROCEDENCIA DEBE ANALIZARSE EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO CORRESPONDIENTE DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA DE JUNIO DE DOS MIL OCHO, PORQUE EN DICHA METRÓPOLI AÚN NO HAY DECLARATORIA DE IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. Época: Décima Época Registro: 2000393 Instancia: Tribunales Colegiados de

Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 2 Materia(s): Penal Tesis: I.2o.P.7 P (10a.) Página: 1236

- LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. AL NO ESTAR IMPLEMENTADO EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN LA LEGISLACIÓN SECUNDARIA DEL DISTRITO FEDERAL, PARA SU PROCEDENCIA DEBE ATENDERSE A LOS ARTÍCULOS 20, APARTADO A, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008 Y 268 Y 556 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA LA MISMA ENTIDAD QUE ESTABLECEN QUE DICHO BENEFICIO PODRÁ CONCEDERSE SIEMPRE Y CUANDO SE TRATE DE DELITOS NO GRAVES. Época: Décima Época Registro: 2000392 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 2 Materia(s): Penal Tesis: I.9o.P.3 P (10a.) Página: 1235.

- LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL ARTÍCULO 132, FRACCIÓN V, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE QUERÉTARO, MODIFICADO MEDIANTE LEY QUE REFORMA DIVERSAS DISPOSICIONES DE ÉSTE, PUBLICADA EN EL PERIÓDICO OFICIAL LOCAL EL 25 DE FEBRERO DE 2011, TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA RECONOCIDOS, RESPECTIVAMENTE, EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Época: Décima Época Registro: 2006149 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 5, Abril de 2014, Tomo I Materia(s): Constitucional Tesis: P./J. 28/2014 (10a.) Página: 406.

- LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. NO EXISTE RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN PERJUICIO DEL QUEJOSO, SI SE LE NIEGA POR TRATARSE DE DELITO GRAVE, AUN CUANDO LOS HECHOS QUE SE LE ATRIBUYEN ACONTECIERON EN LA ÉPOCA EN QUE SU CONDUCTA DELICTIVA NO ERA CONSIDERADA GRAVE. Época: Novena Época Registro: 190302 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XIII, Febrero de 2001 Materia(s): Penal Tesis: I.5o.P.8 P Página: 1768.

- PRISIÓN PREVENTIVA PROLONGADA. CASOS EN LOS QUE CONFORME A UN ADECUADO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO NO ES PROCEDENTE DECRETAR LA LIBERTAD CONTEMPLADA EN LOS ARTÍCULOS 9 NUMERAL 3 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y 7 NUMERAL 5 Y 8 NUMERAL 1 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Época: Décima Época Registro: 2001433 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, Materia(s): Penal, Constitucional Tesis: II.1o.P.2 P (10a.) Página: 1932.

- PRISIÓN PREVENTIVA. DEBE DURAR UN PLAZO RAZONABLE. Época: Décima Época Registro: 2001429 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1 Materia(s): Constitucional Tesis: 1a. CXXXVI/2012 (10a.) Página: 491.

- PRISIÓN PREVENTIVA. EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL ENTRARÁ EN VIGOR CUANDO ASÍ LO ESTABLEZCA LA LEGISLACIÓN PROCESAL SECUNDARIA RESPECTIVA. Época: Décima Época Registro: 2001017 Instancia: Tribunales

Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro IX, Junio de 2012, Tomo 2 Materia(s): Penal Tesis: I.7o.P.2 P (10a.) Página: 898.

- PRISIÓN PREVENTIVA. Época: Quinta Época Registro: 289769 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo VII Materia(s): Penal Tesis: Página: 901.

- PRISIÓN PREVENTIVA. FORMA DE PONDERAR EL PLAZO RAZONABLE DE SU DURACIÓN. Época: Décima Época Registro: 2001430 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1 Materia(s): Penal, Constitucional Tesis: 1a. CXXXVII/2012 (10a.) Página: 492.

- PRISIÓN PREVENTIVA. NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Época: Décima Época Registro: 2001432 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1 Materia(s): Constitucional Tesis: 1a. CXXXV/2012 (10a.) Página: 493.

- PRISIÓN PREVENTIVA. SU NO CONTRADICCIÓN CON LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DERIVA DE LOS FINES QUE PERSIGUE Y NO DE SU CARÁCTER CAUTELAR. Época: Novena Época Registro: 196724 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo VII, Marzo de 1998 Materia(s): Penal, Constitucional Tesis: P. XIX/98 Página: 94.

- PRISIÓN PREVENTIVA. VACATIO LEGIS DEL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO. ARTÍCULO 19 SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Época: Décima Época Registro: 2002360 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2 Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: III.2o.P.11 P (10a.) Página: 1514.

- REMISIÓN PARCIAL DE LA PENA. ES IMPROCEDENTE CONCEDER ESTE BENEFICIO A LOS SENTENCIADOS POR EL DELITO DE PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD (SECUESTRO), EN TÉRMINOS DE LA LEY GENERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LOS DELITOS EN MATERIA DE SECUESTRO, REGLAMENTARIA DE LA FRACCIÓN XXI DEL ARTÍCULO 73 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE NO TIENE APLICACIÓN RETROACTIVA EN SU BENEFICIO LA LEY DE EJECUCIÓN DE SANCIONES PENALES Y REINSERCIÓN SOCIAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Época: Décima Época Registro: 2011135 Instancia: Plenos de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 27, Febrero de 2016, Tomo II Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: PC.I.P. J/20 P (10a.) Página: 1732.

- RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MAS BENEFICA (LEGISLACION DE TLAXCALA). Época: Sexta Época Registro: 802919 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen IV, Segunda Parte Materia(s): Penal Tesis: Página: 120.

- RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MAS BENEFICA. Época: Sexta Época Registro: 259203 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen CI, Segunda Parte Materia(s): Penal Tesis: Página: 50.

- RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS BENÉFICA. No. Registro: 259,203. Tesis aislada. Materia: Penal. Sexta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Segunda Parte, CI, p. 50].P.186.
- RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL. SI SURGE UNA LEY MÁS FAVORABLE AL REO DESPUÉS DEL DICTADO DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA IMPUGNADA, SOBREVIEENE UN MOTIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD REPARABLE EN AMPARO DIRECTO. Época: Novena Época Registro: 162477 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXXIII, Marzo de 2011 Materia(s): Constitucional, Común Tesis: VII.1o.(IV Región) 12 P Página: 2423.
- RETROACTIVIDAD DE LA LEY Y APLICACIÓN RETROACTIVA. SUS DIFERENCIAS. Época: Novena Época Registro: 162299 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXXIII, Abril de 2011 Materia(s): Constitucional Tesis: 1a./J. 78/2010 Página: 285.
- RETROACTIVIDAD DE LA LEY, No opera en materia fiscal, aun cuando sea favorable al causante, Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, 8ª. Época, t. I, segunda parte-2, enero-junio 1988, p. 605.
- RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES DE PROCEDIMIENTOS. Época: Novena Época Registro: 204646 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo II, Agosto de 1995 Materia(s): Común Tesis: XVI.2o.1 K Página: 614.
- RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PROCESALES. NO EXISTE POR REGLA GENERAL. Época: Novena Época Registro: 195906 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo VIII, Julio de 1998 Materia(s): Penal Tesis: VI.2o. J/140 Página: 308.
- RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS PROCESALES. Época: Novena Época Registro: 198940 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo V, Abril de 1997 Materia(s): Civil Tesis: I.8o.C. J/1 Página: 178.
- RETROACTIVIDAD EN MATERIA PENAL. Época: Quinta Época Registro: 314088 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo XXXII Materia(s): Penal Tesis: Página: 256.
- RETROACTIVIDAD, EL ARTÍCULO 426, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL NO ES RETROACTIVO, Semanario Judicial de la Federación, Pleno, 8ª época, t. IV primera parte, julio-diciembre de 1989, tesis LI/89, p.112.
- RETROACTIVIDAD, EL ARTÍCULO 426, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL NO ES RETROACTIVO, Semanario Judicial de la Federación, Pleno, 8ª época, t. IV primera parte, julio-diciembre de 1989, tesis LI/89, p.111.
- RETROACTIVIDAD. APLICACIÓN IMPROCEDENTE DE LA LEY PROCESAL PENAL. Época: Octava Época Registro: 215663 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo XII, Agosto de 1993 Materia(s): Penal Tesis: Página: 554.

- SENTENCIA CONCESORIA DE AMPARO. SUS EFECTOS CUANDO SE RECLAMA EL CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR HABER TRANSCURRIDO "UN PLAZO RAZONABLE" EN SU DURACIÓN. Época: Décima Época Registro: 2001493 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1 Materia(s): Común Tesis: 1a. CXXXVIII/2012 (10a.) Página: 499.

- SERVICIO PROFESIONAL DOCENTE. LOS ARTÍCULOS 52, 53 Y NOVENO TRANSITORIO DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO VULNERAN EL DERECHO A LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY EN PERJUICIO DEL PERSONAL DOCENTE CON NOMBRAMIENTO PROVISIONAL A SU ENTRADA EN VIGOR. Época: Décima Época Registro: 2009993 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I Materia(s): Constitucional Tesis: P./J. 37/2015 (10a.) Página:16.

RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL Época: Quinta Época Registro: 314323 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo XXXI Materia(s): Penal Tesis: Página: 1710.

Anexo 1. Concentrado del estudio de población penitenciaria.¹



1.1 Concentrado de la Población Penitenciaria

POBLACIÓN PENITENCIARIA				
Población Total	242,754		Hombres	231,113
			Mujeres	11,641
Población del Fuero Común	193,194	79.58	Población Procesada	75,413
			Población Sentenciada	117,781
Población del Fuero Federal	49,560	20.42	Población Procesada	24,891
			Población Sentenciada	24,669
				95.20
				4.80
				31.07
				48.52
				10.25
				10.16

DEPENDENCIA DE LOS CENTROS PENITENCIARIOS		
	Centros	Capacidad
Gobierno Federal	15	25,952
Gobierno del Distrito Federal	11	22,524
Gobiernos Estatales	303	142,758
Gobiernos Municipales	91	4,044
Total	420	195,278

SOBREPOBLACIÓN	
Sobrepoblación	47,476
Centros con Sobrepoblación	220
Centros Sobrepoplados que tienen Población del Fuero Común	66
Centros Sobrepoplados que tienen Población del Fuero Común y Federal	154

LIBERTADES OTORGADAS POR EL OADPRS	
Aplicación de los Artículos 68 y 75	3
Beneficios de Libertad Anticipada Despachados del Fuero Federal en la República Mexicana	80
Total de Libertades Otorgadas por el Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social	83

INCIDENCIAS REGISTRADAS	
Total de Incidencias	89
Total de Población Involucrada	163

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

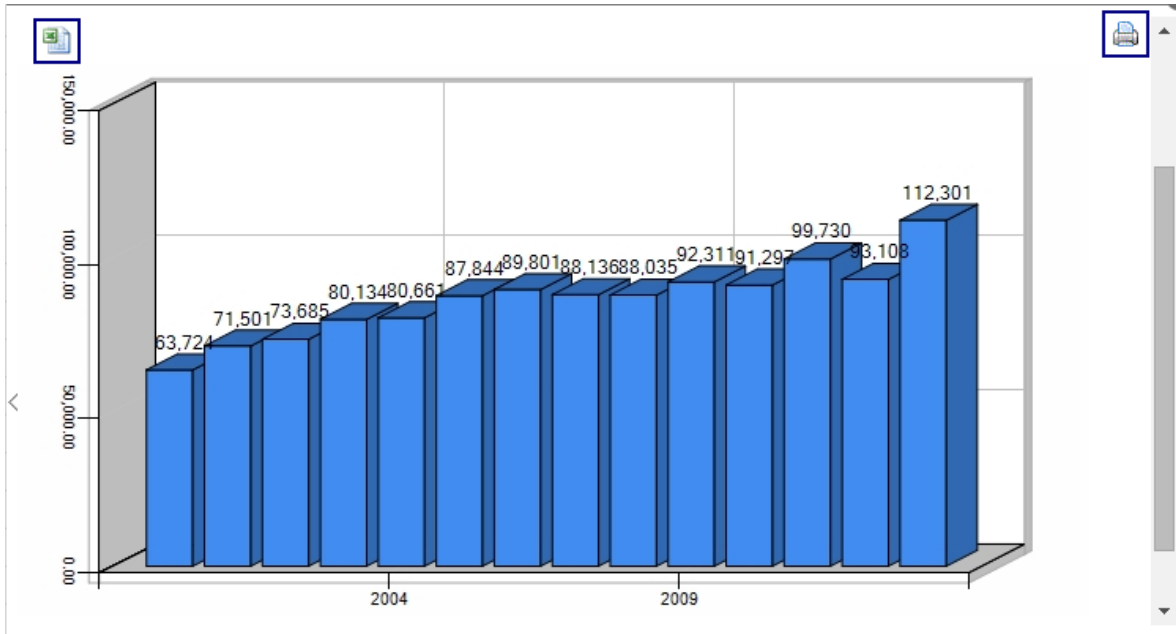
S.S.P.: <http://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/ShowBinary?nodeId=/BEA%20Repository/365162//archivo>
 O.A.D.P.R.S.: <http://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/ShowBinary?nodeId=/BEA%20Repository/365162//archivo>



¹ Secretaría de Seguridad Pública, Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional correspondiente al año 2013, emitido por la Secretaría de Gobernación, visible en el sitio web de la SSP, p.11 consultado el día 18 de febrero del año 2014. <http://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/ShowBinary?nodeId=/BEA%20Repository/365162//archivo>

Anexo 2. Reclusos no juzgados.²

Por reclusos no juzgados se entiende el total de reclusos sin sentencia judicial y/o en espera de juicio, en cárceles, instituciones penitenciarias o instituciones correccionales, en un día específico.

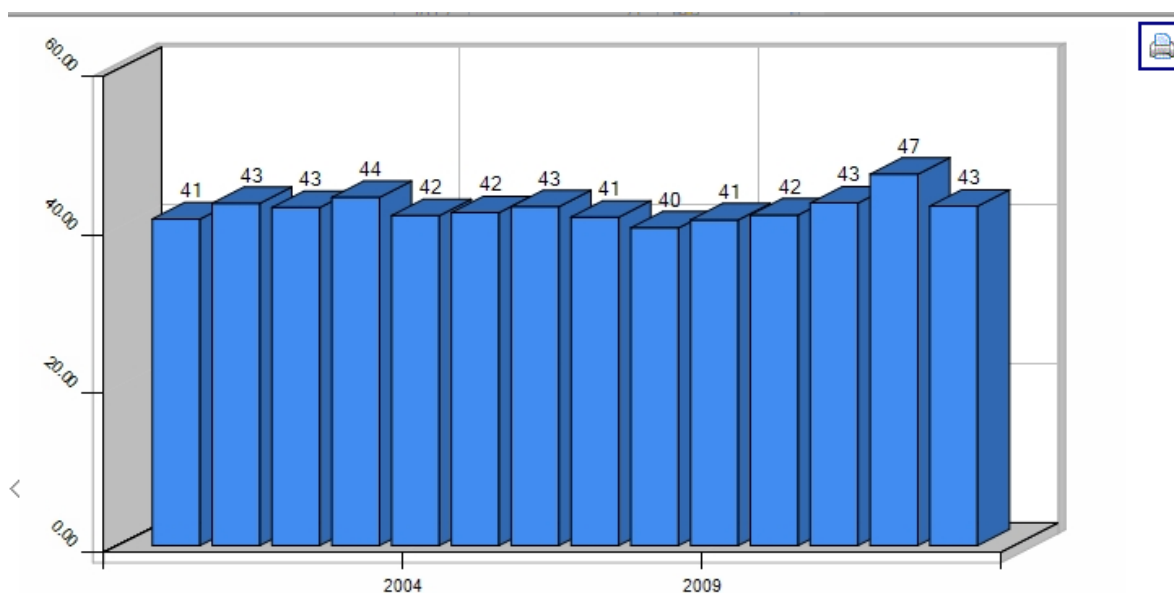


² Visible en el sitio web del Observatorio de Seguridad Ciudadana de la Organización de Estados Americanos, el Observatorio presenta información oficial, divulgada por los Estados, agrupada en indicadores que abarcan la totalidad de los fenómenos sociales del delito y de la violencia, estos indicadores constituyen el más amplio repertorio de información oficial sobre seguridad ciudadana en el hemisferio, consultado el 25 de enero del 2015.

<http://www.oas.org/dsp/observatorio/database/indicatorsdetails.aspx?lang=es&indicato r=213>

Anexo 3.- Reclusos no juzgados (porcentaje).³

Por reclusos no juzgados se entiende el total de reclusos sin sentencia judicial y/o en espera de juicio, en cárceles, instituciones penitenciarias o instituciones correccionales. El porcentaje se calcula de la siguiente forma: $TPD = \text{TNPD} * 100 / \text{TNPP}$: En donde TNPD= número total de detenidos sin sentencia judicial; y TNPP= población carcelaria total.



- Fuente: [2000/07] Secretaría de Seguridad Pública [Sistema Nacional Penitenciario](#); [2008/09] Cuestionario CTS (ONUDD - OEA)

³ Visible en el sitio web del Observatorio de Seguridad Ciudadana de la Organización de Estados Americanos, el Observatorio presenta información oficial, divulgada por los Estados, agrupada en indicadores que abarcan la totalidad de los fenómenos sociales del delito y de la violencia, estos indicadores constituyen el más amplio repertorio de información oficial sobre seguridad ciudadana en el hemisferio, consultado el 23 de enero del 2015.

<http://www.oas.org/dsp/observatorio/database/indicatorsdetails.aspx?lang=es&indicador=56>

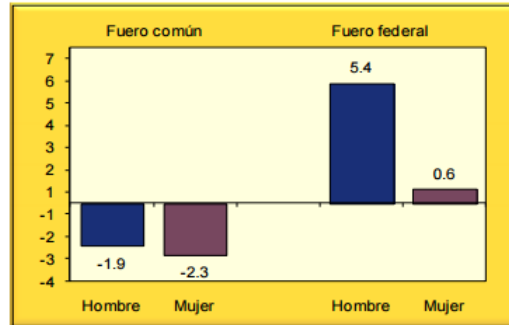
Anexo 4. Síntesis de las estadísticas judiciales en materia penal.⁴

Estados Unidos Mexicanos 2011

Procesados registrados en juzgados penales de primera instancia^a	205 016
Fuero común	160 727
Hombres	144 267
Edad promedio	32
Con estudios de primaria	44 015
Sin escolaridad	7 111
Con ocupación de artesanos y obreros	33 459
Mujeres	16 460
Edad promedio	35
Con estudios de primaria	4 229
Sin escolaridad	811
Con ocupación de oficinistas	2 140
Fuero federal	44 289
Hombres	40 932
Edad promedio	33
Con estudios de primaria	12 871
Sin escolaridad	1 651
Con ocupación de artesanos y obreros	10 863
Mujeres	3 357
Edad promedio	34
Con estudios de primaria	1 010
Sin escolaridad	168
Con ocupación de comerciantes	623
Sentenciados registrados en juzgados penales de primera instancia^a	148 385
Fuero común	110 904
Hombres	100 434
Edad promedio	32
Con estudios de primaria	32 898
Sin escolaridad	5 120
Con ocupación de artesanos y obreros	25 317
Mujeres	10 470
Edad promedio	34
Con estudios de primaria	2 886
Sin escolaridad	534
Con ocupación de oficinistas	1 325
Fuero federal	37 481
Hombres	34 798
Edad promedio	32
Con estudios de primaria	11 434
Sin escolaridad	1 527
Con ocupación de artesanos y obreros	9 522
Mujeres	2 683
Edad promedio	35
Con estudios de primaria	876
Sin escolaridad	159
Con ocupación de comerciantes	515
Procesados en proceso penal^b	173 435
Fuero común	134 512
Fuero federal	38 923
Sentenciados con sentencia condenatoria^b	132 237
Fuero común	97 246
Fuero federal	34 991

Tasa media de crecimiento anual de los procesados por fuero según sexo^b
De 2005 a 2011

Gráfica 1



Variación porcentual anual de los sentenciados en los fueros común y federal^b
Serie anual de 2006 a 2011

Gráfica 2



Delitos materia de la consignación del fuero federal según bien jurídico tutelado^b
Porcentaje

Gráfica 3



^a La información se refiere a la entidad de residencia habitual.

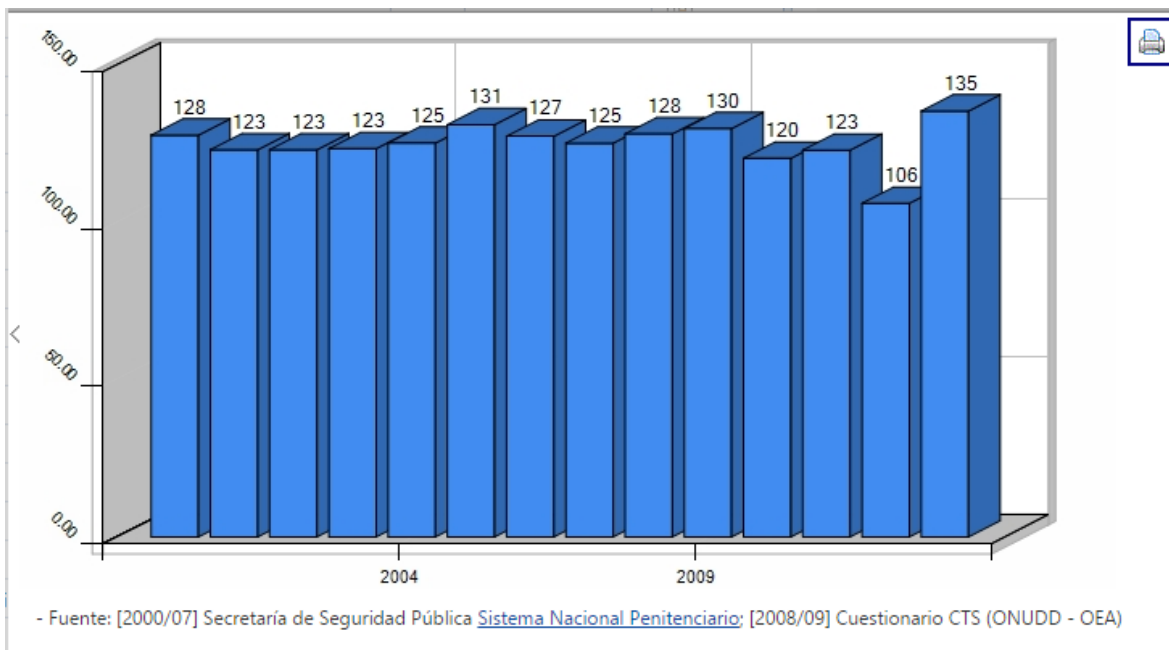
^b La información se refiere a la entidad de ocurrencia.

Fuente: INEGI. Dirección General de Estadísticas Sociodemográficas; Estadísticas Sociales.

⁴ Estadísticas Judiciales en Materia Penal de los Estados Unidos Mexicanos 2011, obtenida del sitio web del banco de datos del Instituto Nacional de Geografía y Estadística, consultado el dieciocho de enero del año 2013. http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/continuas/sociales/judiciales/2012/judiciales_2011.pdf

Anexo 5.- Tasa de hacinamiento de las cárceles de México.⁵

Presenta la población total de encarcelados en las cárceles, instituciones penitenciarias o instituciones correccionales como un porcentaje de la capacidad oficial declarada. Este porcentaje es la tasa de hacinamiento y demuestra si un sistema penitenciario cuenta con más presos de lo que se destina a mantener y, en caso afirmativo, por cuánto. Fórmula: $(\text{Total de adultos reclusos} * 100) / \text{Capacidad oficial de las cárceles de adultos}$.



⁵ Visible en el sitio web del Observatorio de Seguridad Ciudadana de la Organización de Estados Americanos, el Observatorio presenta información oficial, divulgada por los Estados, agrupada en indicadores que abarcan la totalidad de los fenómenos sociales del delito y de la violencia, estos indicadores constituyen el más amplio repertorio de información oficial sobre seguridad ciudadana en el hemisferio, consultado el 23 de enero del 2015.

<http://www.oas.org/dsp/observatorio/database/indicatorsdetails.aspx?lang=es&indicato r=53>

Anexo 6. Hacinamiento carcelario en las prisiones de la Ciudad de México.⁶



⁶ CARBONELL, Miguel, Las cárceles en México ¿para qué?, investigación realizada con cooperación de la organización no gubernamental MéxicoEvalúa, visible en el sitio web consultado el 5 de febrero del año 2016.

http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/la_c_rcel_en_M_xico.pdf

Anexo 7. Proporción de internos/custodios en los centros penitenciarios de México.⁷

Bajo estas condiciones no hay funcionarios penitenciarios suficientes

En 2011 se tenían registrados 44 mil 938 funcionarios penitenciarios para atender a 225 mil 697 internos. Equivalente a **5 internos por cada funcionario**.



En **seis** entidades la situación es crítica

D.F.	11 internos por cada custodio
Sinaloa	11.5 internos por cada custodio
Sonora	12.6 internos por cada custodio
Baja California	12.9 internos por cada custodio
Tabasco	13.9 internos por cada custodio
Quintana Roo	18.8 internos por cada custodio



Fuente: Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria (DNSP) 2011 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH)



⁷ CARBONELL, Miguel, Las cárceles en México ¿para qué?, investigación realizada con cooperación de la organización no gubernamental MéxicoEvalúa, visible en el sitio web consultado el 5 de febrero del año 2016.

http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/la_c_rcel_en_M_xico.pdf

Anexo 11. Presupuesto asignado al Poder Judicial de la Federación.¹¹

Presupuesto ejercido por el Poder Judicial de la Federación,
por órgano y año según rubro de gasto
2010, 2011 y 2012
Miles de pesos

Cuadro 1.16
1a. parte

Órgano	Servicios personales	Materiales y Suministros	Servicios generales	Subsidios y transferencias
Año				
Suprema Corte de Justicia de la Nación				
2010	2 398 489	64 590	455 353	0
2011	2 481 849	47 322	441 783	232 300
2012	2 571 899	50 378	501 351	253 911
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación				
2010	1 472 051	30 780	250 598	15 324
2011	1 570 092	32 862	267 701	21 554
2012	1 819 373	41 578	296 636	23 517
Consejo de la Judicatura Federal				
2010	25 055 553	196 062	1 864 840	0
2011	27 418 367	217 592	2 215 300	24 660
2012	29 616 014	312 797	2 777 754	40 295

Presupuesto ejercido por el Poder Judicial de la Federación,
por órgano y año según rubro de gasto
2010, 2011 y 2012
Miles de pesos

Cuadro 1.16
2a. parte y última

Órgano	Adquisición de bienes muebles e inmuebles	Obras públicas	Resto de los capítulos
Año			
Suprema Corte de Justicia de la Nación			
2010	58 433	79 528	215 432
2011	107 986	23 247	0
2012	102 968	52 352	0
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación			
2010	66 852	68 886	0
2011	31 295	33 783	0
2012	75 191	52 742	0
Consejo de la Judicatura Federal			
2010	109 814	1 453 542	36 053
2011	1 779 338	867 078	0
2012	493 264	634 362	0

Nota: la información corresponde al presupuesto ejercido por el Poder Judicial de la Federación, al 31 de diciembre. Los rubros corresponden a los establecidos en el Clasificador por Objeto del Gasto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

http://secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/estadisticas%20del%20fuero%20comun/Cieisp2015_092015.pdf

¹¹ Instituto Nacional de Geografía y Estadística, Censo Nacional de impartición de Justicia Federal 2011-2013, visible en el sitio web oficial del INEGI, consultado el 13 de junio del año 2014, p.46.

<http://www3.inegi.org.mx/sistemas/biblioteca/ficha.aspx?upc=702825062828>

Anexo 12. Expedientes en materia penal en los órganos jurisdiccionales del Consejo de la Judicatura Federal.¹²

Expedientes en materia penal en los órganos jurisdiccionales del Consejo de la Judicatura Federal, por año y etapa según órgano 2010, 2011 y 2012 Cuadro 4.9

Año	Tribunales Colegiados de Circuito	Tribunales Unitarios de Circuito	Juzgados de Distrito
Etapa			
2010			
En trámite al inicio del año	9 443	9 496	33 791
Ingresados durante el año	41 618	49 748	209 231
Resueltos durante el año	40 250	51 303	207 922
En trámite al cierre del año	10 811	7 941	35 100
2011			
En trámite al inicio del año	10 811	7 941	35 100
Ingresados durante el año	39 898	45 714	213 468
Resueltos durante el año	40 432	45 718	208 153
En trámite al cierre del año	10 277	7 937	40 415
2012			
En trámite al inicio del año	10 277	7 937	40 415
Ingresados durante el año	41 361	46 979	222 950
Resueltos durante el año	42 303	46 760	220 881
En trámite al cierre del año	9 335	8 156	42 484

Nota: la información se refiere a los expedientes en materia penal conocidos por los Tribunales Colegiados de Circuito, los Tribunales Unitarios de Circuito y los Juzgados de Distrito, del 1 de enero al 31 de diciembre.

¹² Instituto Nacional de Geografía y Estadística, Censo Nacional de impartición de Justicia Federal 2011-2013, visible en el sitio web oficial del INEGI, consultado el 13 de junio del año 2014, p.76.

<http://www3.inegi.org.mx/sistemas/biblioteca/ficha.aspx?upc=702825062828>

Anexo 13. Delitos graves contemplados por las legislaciones procesales de los estados de Puebla, Oaxaca, Quintana Roo, el Distrito Federal y Chiapas. Los listados citados comprenden aquellos vigentes antes de la entrada en vigor del sistema acusatorio penal, (octubre del año 2013).¹³

Puebla.- Homicidio y lesiones por culpa grave, Rebelión, Terrorismo, Evasión de presos, Ataque a los medios de transporte, Corrupción y Pornografía de menores e incapaces o personas que no pudieren resistir, Lenocinio y Trata de Personas Violación, Asalto y atraco, Plagio o secuestro, Homicidio doloso, Femicidio, Robo (cuando el monto de lo robado exceda 300 días de salario mínimo, así como robo de vehículo, posesión, venta custodia), Delincuencia organizada, Robo de ganado, Robo de frutos, Daño en propiedad ajena (por medio de inundación, explosión o incendio, así como cuando este daño sea en propiedad propia en fraude de acreedores), Extorsión, Peculado, Enriquecimiento ilícito, Tortura, Falsificación de acciones, obligaciones y otros documentos de crédito público, Falsificación de sellos, marcas y punzones, Falsificación de documentos, falsedad en declaraciones e informes dados a una autoridad, Lesiones (que pongan en riesgo la vida, dejen huella material en el ofendido, se infieran a mujer embarazada, disminuyere o perturbare la vista, oído, capacidad de habla o debilitare algún órgano, cause pérdida de órgano, funciones orgánicas y funciones sexuales, siempre que exista dolo), Fraude, Delitos que afectan la Procuración y Administración de Justicia, Encubrimiento por receptación, Despojo.

Oaxaca.- Homicidio por culpa grave; delitos contra el orden constitucional del estado y su integridad territorial; rebelión; sedición; terrorismo; evasión; atentado contra la seguridad de la comunidad; ataques a las vías generales de comunicación; corrupción y prostitución de menores o incapaces; lenocinio; violación; sustracción y tráfico de infantes; amenazas graves; asalto; secuestro; la desaparición forzada de personas; la trata de personas; lesiones; homicidio doloso; robo calificado; abigeato; fraude; delito contra el desarrollo urbano; usura; despojo; daño en propiedad ajena; encubrimiento; fraccionamiento ilegal de inmuebles; y, la tentativa de los delitos de violación, homicidio intencional, terrorismo, tortura, asalto y secuestro.

Quintana Roo.- Homicidio doloso y en riña cuando el activo sea el provocador; homicidio en razón del parentesco; provocar aborto sin consentimiento de la mujer; lesiones que causen la pérdida de alguna función o algún miembro, o provoquen

¹³ Códigos de Procedimientos civiles de las entidades federativas mencionadas; los códigos corresponden a los vigentes al mes de octubre del año 2015.

enfermedades incurables; secuestro; asalto; violación; abusos sexuales en contra de menores; robo calificado; abigeato menor; fraude; extorsión; despojo; retención y sustracción de menores o incapaces cuando no se tenga un vínculo familiar; abandono de menor con la finalidad de deshacerse de sus obligaciones; facilitar la adopción de un menor sin el cumplimiento de las disposiciones civiles y; falsificación de documentos

Distrito Federal.- El quinto párrafo del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal nos remite a la técnica del término medio aritmético surgido a partir de la reforma constitucional de 1982; así señala que “Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos”. Así son objeto de prisión preventiva oficiosa el DF los siguientes delitos: Ayuda o inducción al suicidio, cuando el activo efectúe prive de la vida; aborto forzado; inseminación artificial con violencia; peligro de contagio de enfermedad incurable; privación ilegal de la libertad; secuestro; desaparición forzada de personas; tráfico de menores; violación; abuso sexual en menores; incesto cuando se cometa contra menor o incapaz; violación, abuso sexual y hostigamiento sexual, cometido a menores de doce años de edad; corrupción de menores o incapaces; turismo sexual; pornografía; trata de personas; lenocinio; robo cuando el valor de lo robado exceda 600 veces el salario mínimo; robo calificado; abuso de confianza cuando el valor de lo robado exceda 5 mil veces el salario mínimo; fraude cuando el valor de lo defraudado exceda 5 mil veces el salario mínimo; administración fraudulenta; extorsión; despojo de manera reiterada; daño a la propiedad; encubrimiento por receptación; operaciones con recursos de procedencia ilícita; coalición de servidores público; intimidación; negación del servicio público; cohecho cuando la cantidad o el valor de la dádiva, promesa o prestación exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente; peculado cuando el monto o valor exceda de quinientas veces el salario mínimo; concusión, si el valor de lo exigido excede de quinientas veces el salario mínimo; enriquecimiento ilícito, cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo; quebrantamiento de sellos; denegación o retardo de justicia y prevaricación; delitos en el ámbito de la procuración de justicia; tortura; delitos cometidos en el ámbito de la ejecución penal; evasión de presos; falsedad de declaraciones, a quien con el propósito de inculpar o exculpar a alguien indebidamente en un procedimiento penal, ante el ministerio público o ante la autoridad judicial, declare falsamente en calidad de

testigo o como denunciante; violación de la comunicación privada; producción, impresión, enajenación, distribución, alteración o falsificación de títulos al portador, documentos de crédito públicos o vales de canje; elaboración o alteración y uso indebido de placas, engomados y documentos de identificación de vehículos automotores; ciertos delitos contra el ambiente y la gestión ambiental; ciertos delitos contra la democracia electoral; rebelión; ataques a la paz pública; sabotaje; motín y; sedición.

Anexo 14. Delitos registrados en las causas penales en los Juzgados de Distrito por género del delito según año y etapa de la causa penal. ¹⁴

Delitos registrados en las causas penales en los Juzgados de Distrito, por género del delito según año y etapa de la causa penal
2010, 2011 y 2012

Cuadro 4.11
1a. parte

Género de los Delitos del Fuero Federal	2010			
	En trámite al inicio del año	Ingresadas durante el año	Resueltas durante el año	En trámite al cierre del año
Delitos Contra la Seguridad de la Nación	53	93	169	24
Delitos Contra el Derecho Internacional	0	1	2	0
Delitos Contra la Humanidad	2	4	8	0
Delitos Contra la Seguridad Pública	226	1 153	1 075	246
Delitos en Materia de Vías de Comunicación y Correspondencia	233	687	1 554	229
Delitos Contra la Autoridad	188	389	986	133
Delitos Contra la Salud	15 181	42 196	107 681	15 292
Delitos Contra el libre desarrollo de la personalidad	4	35	25	3
Revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática	0	12	28	10
Delitos Cometidos por Servidores Públicos	515	1 393	3 092	427
Delitos Cometidos contra la administración de justicia	186	296	823	100
Responsabilidad Profesional	31	135	239	34
Falsedad	1 625	2 280	6 463	929
Delitos Contra la Economía Pública	175	380	821	123
Delitos Contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual	29	160	229	37
Delitos Contra el Estado Civil y Bigamia	1	1	1	1
Delitos en Materia de Inhumaciones y Exhumaciones	0	0	2	4
Delitos Contra la Paz y Seguridad de las Personas	31	69	123	15
Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal	340	848	1 647	180
Delitos Contra el Honor	31	18	89	3
Privación Ilegal de la Libertad y de otras Garantías	187	1 158	1 523	151
Delitos en Contra de las Personas en su Patrimonio	1 069	4 145	7 827	1 100
Encubrimiento y Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita	86	553	746	127
Delitos Electorales y en Materia de Registro Nacional de Ciudadanos	213	946	1 509	343
Delitos Contra el Ambiente y la Gestión Ambiental	548	1 514	3 613	423
De los Delitos en Materia de Derechos de Autor	154	673	1 348	86
Código de Justicia Militar	0	2	17	3
Código Fiscal de la Federación	1 224	2 859	6 507	1 234
Ley General de Población	766	1 598	4 241	769
Ley de Migración	0	0	0	0
Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos	10 256	27 482	65 257	10 366
Ley de Concursos Mercantiles	5	4	20	4
Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada	909	5 442	7 052	969
Leyes que preven delitos bancarios y financieros	228	891	1 886	217
Leyes que preven delitos en materia de invenciones y marcas	12	47	99	10
Leyes que preven delitos en materia de propiedad intelectual	23	50	130	8
Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticos e Históricas	17	63	138	9
Ley sobre Delitos de Imprenta	2	3	8	2
Ley Federal de Juegos y Sorteos	23	52	112	15
Otros	228	1 479	3 173	287

¹⁴ Instituto Nacional de Geografía y Estadística, Censo Nacional de impartición de Justicia Federal 2011-2013, visible en el sitio web oficial del INEGI, consultado el 13 de junio del año 2014, p.p. 94, 95 y 96.

<http://www3.inegi.org.mx/sistemas/biblioteca/ficha.aspx?upc=702825062828>

**Delitos registrados en las causas penales en los Juzgados de Distrito,
por género del delito según año y etapa de la causa penal
2010, 2011 y 2012**

Cuadro 4.11
2a. parte

Género de los Delitos del Fuero Federal	2011			
	En trámite al inicio del año	Ingresadas durante el año	Resueltas durante el año	En trámite al cierre del año
Delitos Contra la Seguridad de la Nación	24	90	144	22
Delitos Contra el Derecho Internacional	0	1	1	0
Delitos Contra la Humanidad	0	0	0	0
Delitos Contra la Seguridad Pública	246	962	885	399
Delitos en Materia de Vías de Comunicación y Correspondencia	229	714	1 278	302
Delitos Contra la Autoridad	133	534	883	212
Delitos Contra la Salud	15 292	38 109	97 885	17 284
Delitos Contra el libre desarrollo de la personalidad	3	41	17	12
Revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática	10	17	36	6
Delitos Cometidos por Servidores Públicos	427	1 496	2 891	462
Delitos Cometidos contra la administración de justicia	100	390	780	131
Responsabilidad Profesional	34	106	252	40
Falsedad	929	2 150	4 822	902
Delitos Contra la Economía Pública	123	365	699	308
Delitos Contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual	37	175	265	59
Delitos Contra el Estado Civil y Bigamia	1	0	3	1
Delitos en Materia de Inhumaciones y Exhumaciones	4	2	7	4
Delitos Contra la Paz y Seguridad de las Personas	15	105	166	29
Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal	180	796	1 311	331
Delitos Contra el Honor	3	12	18	4
Privación Ilegal de la Libertad y de otras Garantías	151	1 249	1 231	179
Delitos en Contra de las Personas en su Patrimonio	1 100	4 347	7 875	1 419
Encubrimiento y Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita	127	537	819	148
Delitos Electorales y en Materia de Registro Nacional de Ciudadanos	343	1 151	2 125	473
Delitos Contra el Ambiente y la Gestión Ambiental	423	1 497	3 214	541
De los Delitos en Materia de Derechos de Autor	86	680	923	168
Código de Justicia Militar	3	1	7	1
Código Fiscal de la Federación	1 234	4 476	7 975	1 911
Ley General de Población	769	964	3 058	960
Ley de Migración	0	339	210	75
Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos	10 366	29 508	62 024	13 899
Ley de Concursos Mercantiles	4	1	18	0
Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada	969	5 615	6 626	1 152
Leyes que prevén delitos bancarios y financieros	217	841	1 798	223
Leyes que prevén delitos en materia de invenciones y marcas	10	38	88	5
Leyes que prevén delitos en materia de propiedad intelectual	8	37	54	12
Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas	9	56	103	17
Ley sobre Delitos de Imprenta	2	2	8	0
Ley Federal de Juegos y Sorteos	15	117	146	19
Otros	287	1 204	3 063	282

**Delitos registrados en las causas penales en los Juzgados de Distrito,
por género del delito según año y etapa de la causa penal
2010, 2011 y 2012**

Cuadro 4.11
3a. parte y última

Género de los Delitos del Fuero Federal	2012			
	En trámite al inicio del año	Ingresadas durante el año	Resueltas durante el año	En trámite al cierre del año
Delitos Contra la Seguridad de la Nación	22	51	63	43
Delitos Contra el Derecho Internacional	0	0	0	0
Delitos Contra la Humanidad	0	0	1	0
Delitos Contra la Seguridad Pública	399	1 015	1 124	1 052
Delitos en Materia de Vías de Comunicación y Correspondencia	302	637	1 261	338
Delitos Contra la Autoridad	212	542	1 099	159
Delitos Contra la Salud	17 284	30 522	84 486	19 627
Delitos Contra el libre desarrollo de la personalidad	12	42	45	45
Revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática	6	8	25	1
Delitos Cometidos por Servidores Públicos	462	1 946	3 697	625
Delitos Cometidos contra la administración de justicia	131	544	1 025	180
Responsabilidad Profesional	40	140	296	54
Falsedad	902	1 881	4 092	937
Delitos Contra la Economía Pública	308	453	958	291
Delitos Contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual	59	187	284	128
Delitos Contra el Estado Civil y Bigamia	1	0	1	0
Delitos en Materia de Inhumaciones y Exhumaciones	4	45	45	17
Delitos Contra la Paz y Seguridad de las Personas	29	134	164	84
Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal	331	1 205	1 827	761
Delitos Contra el Honor	4	22	24	14
Privación Ilegal de la Libertad y de otras Garantías	179	1 419	1 552	914
Delitos en Contra de las Personas en su Patrimonio	1 419	4 937	8 903	2 451
Encubrimiento y Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita	148	723	847	436
Delitos Electorales y en Materia de Registro Nacional de Ciudadanos	473	1 533	1 632	700
Delitos Contra el Ambiente y la Gestión Ambiental	541	1 421	2 979	805
De los Delitos en Materia de Derechos de Autor	168	577	932	235
Código de Justicia Militar	1	177	44	42
Código Fiscal de la Federación	1 911	4 293	9 133	1 900
Ley General de Población	960	250	1 814	314
Ley de Migración	75	819	852	256
Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos	13 899	27 201	59 722	21 600
Ley de Concursos Mercantiles	0	8	14	4
Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada	1 152	6 476	6 953	4 423
Leyes que preven delitos bancarios y financieros	223	1 125	1 862	328
Leyes que preven delitos en materia de invenciones y marcas	5	37	31	17
Leyes que preven delitos en materia de propiedad intelectual	12	43	104	14
Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas	17	100	153	16
Ley sobre Delitos de Imprenta	0	2	4	0
Ley Federal de Juegos y Sorteos	19	191	181	87
Otros	282	779	1 739	395

Nota: la información se refiere a los delitos registrados en las causas penales de los Juzgados de Distrito, del 1 de enero al 31 de diciembre.