

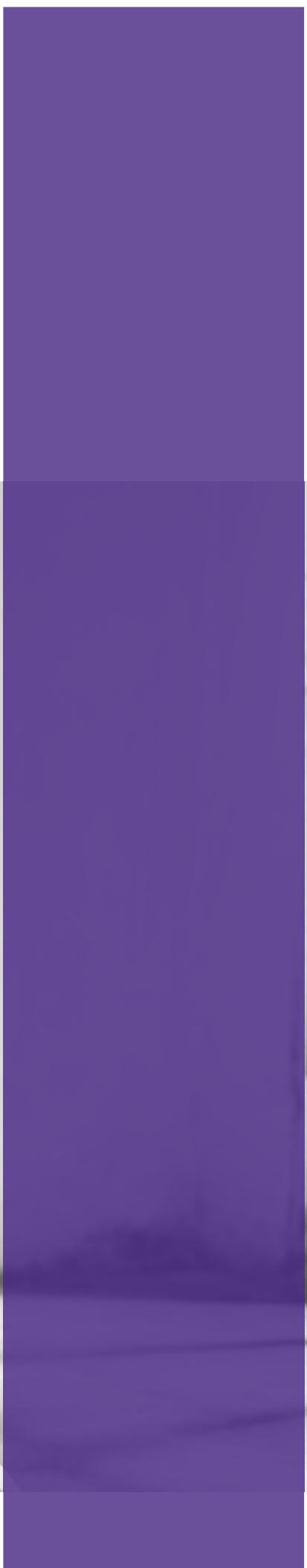


Instituto Federal de
Defensoría Pública

Revista

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

No. 34 | Diciembre 2022



ISSN 1870-7610



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

Consejo de la Judicatura Federal

Presidente

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Integración

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Consejero Alejandro Sergio González Bernabé

Consejera Lilia Mónica López Benítez

Consejero Sergio Javier Molina Martínez

Consejera Eva Verónica de Gyvés Zárate

Consejero Bernardo Bátiz Vázquez

Secretario Ejecutivo del Pleno

Arturo Guerrero Zazueta





PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO FEDERAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

Editor responsable

Licenciado Mauricio Pérez Hernández

Coordinadoras

Maestra María Elena Albores Cordero

Maestra Leticia Andrade Contreras

Licenciada Miriam Falcón Ugalde

Secretaría Técnica de Vinculación con la Sociedad

Diseño y formación:

Licenciado Armando Maya Ruiz

Diseño de portada:

Secretaría Técnica de Vinculación con la Sociedad

Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública

Número 34, diciembre de 2022

Publicación semestral, editada y distribuida por el Instituto Federal de Defensoría Pública, órgano del Poder Judicial de la Federación y del Consejo de la Judicatura Federal, Bucareli, Nos. 22 y 24, colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc, C.P. 06040, Ciudad de México, tel.: 55-18-53-91 y 55-18-53-90.

Las opiniones expresadas en esta revista son responsabilidad exclusiva de sus autores.

Queda prohibida la reproducción total o parcial del contenido de esta publicación por vía informática, mecánica, fotocopiado o por cualquier otro medio, sin permiso por escrito del editor responsable.

© Instituto Federal de Defensoría Pública
ISSN 1870-7610



Instituto Federal de
Defensoría Pública

Índice

CARTA EDITORIAL	6
<i>Jesús García Márquez</i>	
<i>Julio Cesar Martínez López</i>	
La imposición de las medidas cautelares en el proceso penal	8
<i>Moisés Abraham González Velasco</i>	
Inconvencionalidad de la prisión preventiva oficiosa	27
<i>Maria Andrea López Galíndez</i>	
La función social del Instituto Federal de Defensoría Pública	43
<i>Daniel Augusto Ramírez Herrera</i>	
El derecho a la defensa inmerso en el debido proceso y la tutela judicial efectiva	67
<i>Marco Tulio de Edgardo Rosas Herrera</i>	
El control constitucional en materia de extradición; reflexiones en torno a la libertad procesal	81
<i>José Demetrio Rosas Vargas</i>	
En México, la prisión preventiva oficiosa es incompatible con los tratados internacionales en derechos humanos, no es convencional porque es contraria a la presunción de inocencia y al debido proceso.	102
<i>Alejandro Santiago Monzalv</i>	
La jerarquía constitucional en vilo. Organización productiva y trabajo infantil	119
<i>Óscar Enrique Castillo Flores</i>	
<i>Liliana Guadalupe Loya Acosta</i>	
<i>Antonio Aguirre López</i>	
Prisión preventiva vs presunción de inocencia	136

BUCARELI 22

Otra publicación de la Defensoría Pública



CARTA EDITORIAL

En fecha reciente nuestro Alto Tribunal resolvió en definitiva en el país el primer asunto, la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y diversos integrantes de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, relacionado con el funcionamiento íntegro de la prisión preventiva oficiosa; por ello invalidó los artículos 167, párrafo séptimo, del Código Nacional de Procedimientos Penales, 5, fracción XIII, de la Ley de Seguridad Nacional, y 2, fracciones VIII, VIII Bis y VIII Ter, de la Ley Federal de Delincuencia Organizada, y finalmente, reconoció la validez del artículo 113 Bis, primer párrafo, del Código Fiscal de la Federación.

Tema el anterior, de especial relevancia para el Instituto Federal de Defensoría Pública, incluso materia de reconocimiento al mejor litigio estratégico del año 2021, el denominado “Cese de prisión preventiva por plazo razonable”.

Por otro lado, a consideración de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la prohibición de discriminación por razón de edad contenida en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no afecta a los límites establecidos en el artículo 123, Apartado A, fracción III, del propio texto constitucional y en la legislación laboral, respecto a la prohibición del trabajo infantil. En estos casos, la fijación de cierta edad cercana a la vida adulta para incorporarse a un trabajo está justificada porque el trabajo infantil tiene serias repercusiones en la integridad física y el acceso a la educación de la niñez, el cual es sumamente relevante para el desarrollo y el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas; no obstante, México es el segundo país del continente con mayores cifras de trabajo infantil, el primero es Brasil. Las últimas cuentas dieron como resultado más de 3.3 millones de niñas, niños y adolescentes en alguna labor económica. De esa población, 2 millones de ellos realizaban trabajos peligrosos o no permitidos para su edad, según el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI).

En este número además, contamos con la colaboración de la Defensoría Pública General de la República Bolivariana de Venezuela, quien hace una reflexión sobre el derecho de defensa inmerso en la tutela judicial efectiva y el debido proceso, así como el interesante estudio de la función social de la Defensoría Pública Federal que realiza personal jurídico de nuestra Institución, son solo algunos de los temas que en esta ocasión les presentamos, ¡bienvenidos!



La imposición de las medidas cautelares en el proceso penal

Jesús García Márquez*
Julio Cesar Martínez López**

RESUMEN: En el presente trabajo se hablará de la aplicación de las medidas cautelares conforme a sus finalidades, sus principios rectores y respecto a la proporcionalidad de las mismas en sentido estricto según sea aplicable al caso en concreto, es claro que con la incorporación de las medidas cautelares al proceso penal, se buscó un equilibrio entre los derechos del imputado (a la presunción de inocencia en su vertiente de regla de trato procesal y a su libertad personal), entre la garantía del desarrollo adecuado del proceso hasta su conclusión y evitar un riesgo para la víctima, los testigos y la sociedad.

Asimismo, se tratará de diferenciar entre los conceptos de excepcionalidad, alcance y excepción en materia de medidas cautelares, para lo cual se atenderá a las razones subyacentes de la norma así como de otras razones del ordenamiento jurídico con el propósito de delimitar el alcance y excepciones a la prisión preventiva, pero, sobre todo, identificar las excepciones no establecidas en el artículo 166 del CNPP a fin de realizar propuestas de *lege ferenda* así como argumentos al debatir sobre la prisión preventiva en la práctica forense.

SUMARIO: I. ¿Qué son las medidas cautelares? II. Fines de las medidas cautelares. III. Tipos de medidas cautelares. IV. Necesidad de cautela. V. La idoneidad en la medida. VI. El principio de mínima intervención. VII. El debate sobre su imposición. VIII. Excepcionalidad, alcance y excepciones en materia de medidas cautelares. IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

I. ¿Qué son las medidas cautelares?

Las medidas cautelares son instrumentos procesales que operan como una garantía que busca asegurar la efectividad del proceso hasta una eventual sentencia, lo cual implica que el proceso se va a seguir sin ningún tipo de entorpecimiento o afectación futura provocada o atribuida al imputado, es decir, la única finalidad de las medidas cautelares es garantizar que el proceso se siga con normalidad, y que éstas no funcionen como un antícpo de pena dependiendo de la gravedad del delito, ya que no tienen relación con la materia del proceso (la acreditación del delito), ni tampoco con garantizar la reparación del daño a la víctima.

* Agente del Ministerio Público Pull, de la Fiscalía General del Estado de Guanajuato.

** Oficial Judicial "C" del Primer Tribunal Colegiado en materia penal del Primer Circuito.

Vamos a tomar una de las definiciones que en el particular considero de las más completas, la del Dr. Valadez, Manuel, (2017): *Las medidas cautelares son instrumentos de naturaleza procesal, impuestas bajo criterios objetivos y demostrables por parte de un órgano jurisdiccional, ello de manera provisional, con base estrictamente legal y como resultado del ejercicio contradictorio realizado entre las partes, que en un plano de igualdad y con pleno respeto a su derecho de prueba, habrán argumentado la proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la imposición de una o varias medidas cautelares a imponer a personas físicas o jurídicas, todo en función de garantizar la presencia del imputado al proceso, el éxito de la investigación, así como la seguridad de la víctima u ofendido o de los testigos...,* definición de la cual claramente podemos identificar que incorpora principios (instrumentalidad y provisionalidad), requisitos (necesidad, idoneidad y proporcionalidad) y finalidades (garantizar la presencia del imputado, el éxito de la investigación y la seguridad de la víctima, testigos y la sociedad en general), ya que las medidas cautelares no son exclusivas del derecho penal, sino que forman parte del derecho procesal y que se pueden aplicar a cualquier rama del derecho y siempre para salvaguardar una situación de hecho que será definida según la especialidad del derecho en el que se pretenda aplicar, tal y como se puede advertir de la definición plasmada en la siguiente tesis:

Tesis aislada I.4o.C.4 K (10a.), de Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página dos mil seiscientos cincuenta y tres de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 33, Agosto 2016, Tomo IV, de la Décima Época, registro 2012425, de rubro y texto:

MEDIDAS CAUTELARES. CONCEPTO, PRESUPUESTOS, MODALIDADES, EXTENCIÓN, COMPLEJIDAD Y AGILIDAD PROCESAL. ...son mecanismos autorizados por la ley para garantizar todo derecho con probabilidad de insatisfacción, mediante la salvaguarda de una situación de hecho, el apartamiento de bienes, cosas o personas para garantizar la eventual realización de la sentencia, o la anticipación de ciertos efectos provisorios de la sentencia de mérito, a fin de evitar la afectación que podría causar la dilación en la resolución de la cuestión sustancial controvertida o la inutilidad del proceso mismo.

Advirtiéndose en ambas definiciones que las medidas cautelares nada tienen que ver con la sustancia del proceso, ni con la responsabilidad del imputado, únicamente les interesa que el proceso se desarrolle de manera adecuada y que los riesgos que se establezcan según la materia (en el presente caso la penal) sean neutralizados. Así mismo, las medidas serán impuestas únicamente por el juez de control, una vez que ha escuchado el debate suscitado entre las partes, lo cual innegablemente implica que tuvieron que ser solicitadas por alguna de ellas; sin embargo, en dichas definiciones no se precisa cuál de las partes está legitimada para ello, por lo que tendremos que atender a lo precisado en el Código Nacional de

Procedimientos Penales, específicamente a lo que nos establece el artículo 154, el cual refiere que el Ministerio Público y la víctima son las personas que pueden solicitar la imposición de las medidas cautelares al juez de control, a excepción de la prisión preventiva conforme al artículo 167 del código adjetivo de la materia, medidas que necesariamente van a implicar alguna restricción temporal a la libertad o pertenencias de la persona imputada; sin embargo, éstas no pueden ser aplicadas de forma arbitraria, ya que se rigen por ciertos principios que regulan su esencia y naturaleza, los cuales nos indican con toda claridad su finalidad.

A. Principios

- Legalidad: Implica que las medidas cautelares únicamente podrán ser impuestas siempre y cuando se encuentren previstas en la Constitución y en algún ordenamiento legal aplicable.
- Jurisdiccionalidad: Se refiere a que el juez competente es el único legitimado para imponer las medidas cautelares, siempre y cuando exista causa justificada para ello.
- Excepcionalidad: No es una obligación que en todos los procesos se impongan medidas cautelares. Es decir, son de carácter eventual y únicamente podrán decretarse siempre que sean necesarias y con su imposición se cumpla con los fines del proceso.
- Instrumentalidad: Las medidas cautelares no tienen un fin de carácter sustancial, sino únicamente procesal. Es decir, sólo siguen fines procesales, ajenos a la materia medular del proceso, pues no están relacionadas con el resultado que se vaya a obtener de dicho proceso.
- Provisionalidad: Relacionado con el tiempo de duración de la medida. Esto es que las medidas cautelares durarán sólo el tiempo indispensable para cumplir con los fines del proceso, y mientras prevalezcan los presupuestos que sirvieron para imponerlas.
- Proporcionalidad: Desde un particular punto de vista, se traduce en que las medidas cautelares siempre deben encontrar un equilibrio equitativo entre la afectación y el fin que se busca. Esto es, que la medida no resulte excesiva o exagerada frente al fin o fines procesales que se buscan. (Horvitz Lennon & López Masle, 2008).

II. Fines de las medidas cautelares

El Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 153, menciona que las finalidades de las medidas cautelares son asegurar la comparecencia del imputado al proceso, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo y evitar la obstaculización del procedimiento. En consecuencia, para la imposición

de dichas medidas vamos a referir de manera generalizada y para un mejor entendimiento una división de sus finalidades en dos grandes objetivos, el primero que tiene que ver con el garantizar y el segundo que tiene que ver con evitar.

¿Qué se debe de garantizar? La presencia del imputado durante todo el proceso hasta su conclusión. ¿Por qué? Para evitar dilaciones por incomparecencia del imputado, para evitar, incluso, que el proceso se suspenda si el imputado llegare a sustraerse y se prolongue injustificadamente.

¿Qué se debe de evitar? Dos situaciones, la primera: que el imputado directa o indirectamente de cualquier manera y por cualquier medio destruya o altere la prueba de cargo. ¿Por qué? Para asegurar que en el proceso se pueda contar con los medios de prueba recabados durante la investigación y éstos puedan llegar de manera natural y sin sufrir ningún riesgo de influencia, destrucción o alteración hasta el juicio; y, la segunda: que en cualquier medida y bajo cualquier circunstancia, el imputado vaya a ocasionar alguna lesión o perjuicio en contra de la víctima, los testigos o la sociedad en general. ¿Por qué? Para evitar represalias hacia la víctima, testigos o incluso hacia la sociedad en general en dado caso en que nos encontramos ante el supuesto de una *reiteración delictiva*.

Las medidas cautelares no tienen que ver con la responsabilidad penal del imputado, ni mucho menos con el pago de la reparación del daño, ya que únicamente atienden a velar por el normal desarrollo del proceso, sin que sea relevante la manera en cómo se vaya a resolver (en sentencia condenatoria, absolutoria o mixta), la imposición de las medidas debe obedecer al cumplimiento de dichos fines.

Las finalidades de las medidas cautelares fijadas en el Código Nacional de Procedimientos Penales no deciden en nada sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, es decir, la imposición de medidas cautelares nada tiene que ver con la culpabilidad o inocencia del imputado; sin embargo, sí puede afectar de manera indirecta la presunción de inocencia pero únicamente en su vertiente de regla de trato, tal como se desprende de la jurisprudencia 1a./J. 24/2014 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página cuatrocientos noventa y siete, del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, Décima Época, registro: 2006092, de rubro y texto: *PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL*.

...Dicha manifestación de la presunción de inocencia ordena a los jueces impedir en la mayor medida posible la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable..., lo que se armoniza con la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barreto Leyva vs Venezuela, el 17 de noviembre de 2009, ...una persona considerada como inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada...

Por lo que para debatir la imposición de las medidas cautelares no serían válidos argumentos tendientes a que se vulnere la presunción de inocencia, si no se precisa en cuál de sus vertientes, pues como regla de trato sí impacta, ya que si bien es cierto éstas no están supeditadas a la inocencia o culpabilidad del imputado, el trato que recibiría una persona que se presume inocente si se le impusiera la prisión preventiva que es la más gravosa, el *trato* que recibiría el imputado mientras está siendo procesado, prácticamente, sería el mismo al de una persona culpable, pues durante del proceso estaría privado de su libertad sin ser sentenciado, al igual que una persona culpable ya sentenciada.

III. Tipos de medidas cautelares

En el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales se contempla un catálogo comprendido de catorce medidas cautelares a imponer, las cuales se enumeran desde la menos lesiva hasta la más gravosa, como a continuación se presenta:

- I. *La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe;*
- II. *La exhibición de una garantía económica;*
- III. *El embargo de bienes;*
- IV. *La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;*
- V. *La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;*
- VI. *El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;*
- VII. *La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares;*
- VIII. *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;*
- IX. *La separación inmediata del domicilio;*
- X. *La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;*
- XI. *La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;*
- XII. *La colocación de localizadores electrónicos;*
- XIII. *El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o*
- XIV. *La prisión preventiva...*

De los anteriores tipos de medidas es claro identificar algunas que afectan el derecho a la libertad deambulatoria del imputado, y otras que afectan a su patrimonio. Es por ello que la doctrina las clasificó en *personales* y *reales*. Las primeras están comprendidas en las fracciones I, V, VI, VII, VIII, IX, X, XII, XIII y XIV; y, las reales están contenidas en las fracciones II, III, IV y XI, precisando que las de tipo real no tienen que ver con la reparación del daño, sino que éstas deben atender a un nivel tal que la perspectiva de perderla (la cuantía económica) sería un elemento disuasivo suficiente para evitar que el imputado se fugue (CIDH, informe 2/97, párrafo 31). Todas las medidas cautelares se pueden combinar excepto la prisión preventiva, dicha medida solo podrá combinarse con el embargo precautorio o la inmovilización de cuentas.

IV. Necesidad de cautela

Las medidas cautelares van encaminadas a proteger el proceso de acuerdo con ciertos *riesgos* que hacen necesaria la cautela con base en una *probabilidad futura* de que éstos acontezcan, y que desde luego, afectarían directa o indirectamente el desarrollo del proceso. La necesidad de cautela se presenta a partir de que se actualiza algún peligro a tutelar, el Código Nacional de Procedimientos Penales nos muestra cuatro riesgos procesales:

- El peligro de sustracción del imputado (Fracciones I y II del artículo 168, CNPP). Para determinarlo es necesario medir el grado de arraigo que tenga el imputado a partir de establecer si cuenta con una residencia habitual, asiento familiar, laboral y las facilidades o motivos que tenga de abandonar su lugar de residencia u ocultarse para no hacerle frente al proceso. El Código Nacional de Procedimientos Penales establece analizar el arraigo en el lugar en donde el imputado ha de ser juzgado, sin embargo, para establecerlo no necesariamente tiene que ser en el lugar en donde esté siendo juzgado, incluso ha de interpretarse dicho concepto en un sentido mucho más amplio, en el entendido de que lo que se busca es que el imputado se mantenga localizable a la citaciones procesales, pues ya existe criterio de los Tribunales Colegiados de Circuito expresado en la tesis aislada penal I.4o. P.31 (10a.), con número de registro 202089 en ese sentido.

Ahora bien, otro supuesto que hace presumir que el imputado tendrá el ánimo de sustraerse a la acción de la justicia lo es el falsear sus datos de identidad o de localización (teléfono, domicilio laboral y/o del hogar, etc.), pues el proporcionar datos falsos a la autoridad evidentemente conlleva un ánimo, una intención de evasión de consecuencias de responsabilidad, pues no se explica por qué una persona trataría de ocultar su verdadera identidad o domicilio, que de facto, es una obligación procesal para toda persona imputada mantenerse localizable, de

lo contrario implicaría de origen una evasión anticipada a ser localizada durante el proceso, tal como lo previó la fracción I del artículo 168 del código adjetivo de la materia.

De igual manera se considera o se equipararía a lo anterior el hecho de que el imputado proporcione un domicilio ambiguo o incompleto, en donde no se señale con exactitud su dirección completa y correcta, con algunas referencias para ubicar su domicilio, y que esa información incompleta impacte en poder ubicar de manera correcta su domicilio, pues no sería razonable que una persona no sepa señalar cuál es su domicilio exacto si justo es en donde vive.

- El peligro de reiteración delictiva (Fracciones III, IV y VI del artículo 168, CNPP). Aquí cabe hacer la precisión de que, si bien es cierto que en el artículo 168 del código instrumental de la materia aparece el título de *Peligro de sustracción del imputado*, no menos es cierto que dentro de ese mismo artículo, en sus últimas tres fracciones, se mencionan presupuestos que hacen alusión al comportamiento posterior del imputado en otros procesos en relación con la voluntad que tuvo de someterse al mismo. Ahora bien, para establecerlo resulta necesario contar con datos de prueba objetivos basados principalmente en antecedentes procesales de otras causas penales que haya tenido el imputado respecto al cumplimiento de citaciones, libramientos de órdenes de aprehensión y, en su caso, del cumplimiento que tuvo de las medidas cautelares que le fueron impuestas. Lo anterior a efecto de evidenciar que el imputado no es una persona que evitara tener un comportamiento criminoso y, por el contrario, existe alta probabilidad de que reitere su comportamiento delictivo, por lo que se presume que existe una alta probabilidad futura de que seguirá cometiendo conductas delictivas y que no le hará frente al proceso dada la actitud mostrada en otros procesos.
- El peligro de obstaculización del proceso (Artículo 169 del CNPP). Este peligro se establece a partir de datos de prueba que arrojen que, de estar en libertad el imputado, puede alterar o destruir los medios de prueba, o incluso, que puede influir en ciertos testigos, ya sea mediante el soborno o la amenaza, o bien, con hacer algún tipo de daño a la víctima o a testigos en caso de que depongan en su contra. La doctrina ha señalado que para fundamentar este tipo de peligro se requiere que sea concreto, real e inminente y no generalizado ni ambiguo. Esto es, que no es suficiente aducir que el imputado cuenta con los medios y facilidades para hacerlo, sino que debe derivar de datos de prueba objetivos que muestren claramente su intención de dañar algún tipo de evidencia o registro, de igual manera que de los mismos se advierta que amenazó o sobornó a algún testigo.

- El riesgo para la víctima, testigos o a la comunidad (Artículo 170 del CNPP). Se actualiza a partir de la existencia de un riesgo fundado hacia terceras personas (sociedad), principalmente a la víctima. Este tipo de peligro no busca garantizar la presencia del imputado al proceso, ni tampoco evitar su obstaculización, sino tutelar la integridad y seguridad de la víctima, y/o los testigos, además de las personas ajenas al proceso como la sociedad en general, en casos donde el imputado directa o indirectamente, a través de terceras personas, pueda amenazar a los testigos o víctimas para que se retracten de sus dichos, o bien, vengarse de los policías que lo detuvieron, etcétera.

De los anteriores riesgos procesales es de resaltar que tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideraron que la prisión preventiva sólo puede atender a garantizar dos tipos de peligros procesales: el riesgo de fuga y el peligro de obstaculización del proceso, ya que cualquier otro *peligro* o *riesgo* que su finalidad no sea la de tutelar específicamente el éxito del proceso, vulneraría el principio de presunción de inocencia en su vertiente de regla de trato.

Igualmente es menester mencionar que basta con que se actualice cualquiera de los riesgos antes referidos para poder tener por actualizada la necesidad de cautela, inclusive, basta con que un riesgo procesal no esté bien contenido o mitigado para que pueda dar lugar a la prisión preventiva, siempre y cuando dicha medida sea la única manera de evitar la materialización del riesgo. Al respecto, ya existen criterios de tribunales federales, mencionados en las siguientes tesis: I.1o.P.120 (10a.) emitida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página dos mil novecientos sesenta y cuatro del Semanario Judicial de la Federación, Libro 57, agosto de 2018, Tomo III, Décima Época, registro: 2017702, de rubro y texto: *PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA. PROCEDE IMPONERLA, SIEMPRE QUE UNA DIVERSA MEDIDA CAUTELAR NO SEA SUFICIENTE PARA GARANTIZAR ÚNICA O CONJUNTAMENTE ALGUNO DE LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 167, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES*; y la diversa XVII.2o.P.A.36 P (10a.), emitida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página dos mil cuatrocientos cuarenta y nueve, del Semanario Judicial de la Federación, Libro 72, noviembre 2019, Tomo III, Decima Época, registro 2020999, de rubro y texto: *PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA. PARA IMPONERLA, BASTA ACREDITAR QUE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES SON INSUFICIENTES PARA GARANTIZAR ALGUNO DE LOS SUPUESTOS ESTABLECIDOS EN LOS ARTÍCULOS 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL 167, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, O QUE EL IMPUTADO ESTÁ SIENDO PROCESADO O FUE SENTENCIADO PREVIAMENTE POR LA COMISIÓN DE UN DELITO DOLOSO, SIN NECESIDAD DE VERIFICAR Y ANALIZAR TODAS Y CADA UNA DE DICHAS HIPOTESIS.*

V. La idoneidad en la medida

Como ya lo vimos anteriormente existe un catálogo de catorce medidas cautelares, las cuales se clasifican en personales y reales, de igual manera analizamos que dichas medidas son para proteger cuatro riesgos procesales (peligro de sustracción, reiteración delictiva, obstaculización, riesgo para la víctima, testigos o la comunidad) que establece el Código Nacional de Procedimientos Penales, la idoneidad de la medida se va a determinar a partir de qué tan eficaz resultaría ser para mitigar el riesgo que se actualice, a manera de ejemplo: si lo que se busca es proteger las evidencias que se encuentren en el domicilio del imputado (la mitigación del peligro de obstaculización), entonces las medidas cautelares que resultarían eficaces para ello serían de carácter personal, específicamente la separación inmediata de su domicilio, la prohibición de acercarse a su domicilio y, la prisión preventiva, no así las demás, porque de nada serviría para el fin que se persigue (evitar que el imputado no altere o destruya la evidencia que se encuentra en su casa) que el imputado esté yendo a firmar o que deje una garantía económica.

VI. El principio de mínima intervención

Es un principio que no únicamente se encuentra presente en el proceso cautelar, sino que forma parte del derecho penal, en el sentido de que éste siempre debe de ser la “última ratio” para resolver un problema jurídico, de acuerdo con las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), en el tema número 2. *Alcance de las medidas no privativas de la libertad*, en su punto 2.6 se establece: *Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo al principio de mínima intervención*, igualmente, en el artículo 156 del Código Nacional se hace alusión a dicho principio de la siguiente manera: ...*aplicando el principio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona...* Ciertamente en tales disposiciones normativas no se permea una definición, sin embargo, Valadez Manuel (2017) lo refiere como: ...*La necesidad o criterio de mínima intervención conlleva que la medida adoptada sea de carácter excepcional, esto es, que sea realmente indispensable para alcanzar el fin deseado, al considerar que sin su aplicación no se podría resolver el conflicto en cuestión...*, dicho en palabras llanas debemos entender al principio de mínima intervención dentro del proceso cautelar como un freno hacia el juzgador para imponer las medidas cautelares más gravosas sin realizar ningún ejercicio de ponderación respecto a los fines buscados y la restricción de los derechos del imputado, y como una regla el siempre buscar imponer las medidas menos lesivas, menos intrusiva en los derechos de la persona imputada.

VII. El debate sobre su imposición

Para que se pueda imponer, de manera razonada, alguna medida cautelar, se requiere que se actualicen tres presupuestos, a saber:

- La apariencia del buen derecho (*Fumus boni iuris*)
- Es el primer requisito y se refiere a que debe haber base o indicios suficientes de que se ha cometido un delito y que el imputado lo cometió o participó en su comisión, lo que de pauta para continuar con un proceso penal y que, por ende, la imposición de las medidas cautelares obedece a la existencia formal de un proceso seguida en contra del imputado. Este presupuesto se vería actualizado en dos momentos de la audiencia inicial, el primero después de la formulación de imputación, cuando el imputado haya decidido acogerse al plazo constitucional; y, el segundo, después de la vinculación a proceso.
- Peligro en la demora o retardo en la demora (*Peliculum in mora*)
- La existencia de un peligro que se encuentre patente en el proceso y, a través de la existencia de ese peligro, se genera la base de protección, a efecto de garantizar que el proceso seguirá con normalidad hasta su conclusión, por encontrarse mitigada la posible o posibles amenazas con la medida o medidas cautelares impuestas.
- La proporcionalidad en sentido estricto
- La proporcionalidad es un término jurídico que difícilmente va a encuadrar en una sola definición; sin embargo, para relacionarnos un poco vamos a tomar la siguiente definición:

...dicho principio se define esencialmente como una estructura, un criterio estructural que sirve para articular las tensiones que se crean entre disposiciones constitucionales o entre argumentos interpretativos materiales de los derechos fundamentales que entran en mutua contra posición... (Bernal, Carlos, 2014, p.652).

Entendemos que el principio de proporcionalidad es una cuestión poliédrica que tiene varias definiciones, varias connotaciones; sin embargo, vamos a tratar de abordarla desde la perspectiva del debate cautelar y la vamos a definir como una herramienta que auxilia a interpretar el caso en concreto a los efectos de la disposición constitucional para efecto de determinar si la vulneración del derecho humano es equilibrada y coherente de acuerdo con los fines procesales. Es decir, que se va a realizar un ejercicio de ponderación respecto a los derechos que se van a afectar al imponer la medida cautelar que se solicita, con respecto a los fines procesales que se persiguen, y si dicha medida cautelar resulta ser la menos lesiva atendiendo al principio de mínima intervención, lo que implica que la satisfacción del fin

procesal perseguido sea acorde con el grado de afectación, esto es que se logre resguardar perfectamente el riesgo procesal con la menor afectación de derechos del imputado, sin necesidad de afectar más allá de lo estrictamente necesario.

VIII. Excepcionalidad, alcance y excepciones en materia de medidas cautelares

Además de lo expuesto supra líneas, es importante tener presente la diferencia entre los conceptos de excepcionalidad, alcance y excepciones en materia de medidas cautelares. La identificación y distinción de estos tres términos es de suma relevancia al momento de elaborar argumentos en un escenario de debate respecto a la imposición, modificación o levantamiento de dichas medidas.

A. Excepcionalidad

Al respecto, es importante mencionar que en virtud del principio de mínima intervención que rige en materia de medidas cautelares, éstas revisten un carácter residual, pues el sistema de justicia penal acusatorio busca privilegiar la libertad de las personas procesadas así como el derecho a la presunción de inocencia. De ello se puede concluir que la regla general, al menos en sentido ideal, es que las personas sujetas o vinculadas a un proceso penal lo lleven sin ninguna carga adicional a lo estrictamente necesario. En ese sentido, la autoridad jurisdiccional únicamente podrá imponer medidas cautelares cuando existan elementos de prueba razonables con los que se demuestre la existencia de cualquiera de los riesgos procesales que establece la ley, esto es, peligro de sustracción de la acción de la justicia por parte del imputado (artículo 168 del CNPP); obstaculización de la investigación (artículo 169 del CNPP) o peligro para la víctima, testigos o para la comunidad (artículo 170 del CNPP), o cuando el imputado esté vinculado en otro proceso diverso por un delito doloso así como en los casos particulares en que la ley establezca los supuestos de prisión preventiva oficiosa (artículo 167 del CNPP), al margen de la existencia o no de un riesgo procesal en cualquiera de sus manifestaciones. Ese carácter residual de las medidas cautelares no es otra cosa que la excepcionalidad.

B. Alcance y excepciones

Es importante tener en cuenta que las normas jurídicas no son otra cosa que la expresión de razones prácticas (expresas o subyacentes) dotadas de la fuerza estatal para hacerlas prevalecer frente a otras razones. Es decir, para que una razón práctica prevalezca sobre las demás, el ente estatal la dota de su *imperium* al constituirla en norma jurídica. Pongamos un ejemplo: la privacidad dentro del domicilio es una condición necesaria para el ejercicio de otros derechos como la intimidad o el libre desarrollo de la personalidad; por lo tanto, la privacidad del domicilio es una razón práctica que el estado busca hacer prevalecer frente a otras razones

prácticas (por ejemplo, la seguridad pública). En ese sentido, el legislador dota de *imperium* o fuerza legal a dicha razón creando el derecho a la inviolabilidad del domicilio, en el sentido de que ningún particular o autoridad debe introducirse por la fuerza a un domicilio particular sin el consentimiento del mismo.

Las normas jurídicas, a su vez, tienen límites que no son otra cosa que los alcances y las excepciones de la norma. Siguiendo con el ejemplo de la inviolabilidad del domicilio, el alcance de la norma se traduce en que los supuestos de intromisión al domicilio que no afecten la razón protegida por la norma quedan fuera de su alcance. Por ejemplo, en el caso en que una persona consienta el ingreso de un particular o de una autoridad a su domicilio, no existe una vulneración a la razón protegida por la norma. Por otra parte, habrá casos en que frente a la razón protegida por la norma exista otra u otras razones que deban prevalecer sobre la misma, este es el caso de las excepciones a la norma. Continuando con el mismo ejemplo, una excepción a la norma se actualizaría en el supuesto de que dentro del domicilio se está cometiendo un delito flagrante que ponga en peligro bienes jurídicos que, por su mayor importancia, deban prevalecer sobre la inviolabilidad del domicilio (por ejemplo, la vida), en este caso la autoridad puede ingresar al domicilio aun sin el consentimiento del titular. En este ejemplo, aunque se vulnera la norma, esto se hace en atención a la prevalencia de razones de mayor jerarquía (la protección a la vida). Ahora bien, las excepciones no siempre están previstas en la norma, por lo que habrá situaciones en que el juez tendrá que recurrir a las razones subyacentes de la regla o a otras razones también protegidas por el Estado para resolver adecuadamente un caso de excepción.

(...) [S]e ha visto que los posibles desajustes entre las formulaciones de las reglas y sus razones subyacentes daban lugar a los supuestos de subinclusión y de sobreinclusión. Y esa falta de adecuación por sobreinclusión (la formulación de la regla incluye casos que no debería de incluir) –nos dice Ródenas- se manifiesta en los supuestos que son excepciones a las reglas o que quedan fuera del alcance de las reglas. La solución de esos casos supone que los jueces deben dar prioridad –para resolverlos- a las razones subyacentes a las reglas, frente a las razones de la regla (de la formulación normativa). A diferencia de otros casos más graves, en los cuales cabría decir que el desajuste se produce entre las razones subyacentes a la regla y otras razones extraíbles de otras reglas o principios del ordenamiento (...)¹

Una vez identificada la diferencia entre el alcance y las excepciones de las normas. Analicemos esos conceptos a la luz de la normatividad relativa a las medidas cautelares.

¹ Atienza, M.: *Curso de... cit.*, p 319.

C. Alcance de las medidas cautelares

Toda vez que la razón expresa y subyacente a la regla de las medidas cautelares consiste en evitar la consumación de diversos riesgos procesales, su alcance está limitado a la verificación de esos riesgos en cualquiera de sus manifestaciones, no pudiendo, por tanto, imponerse tales medidas cautelares en los casos en que tales riesgos no se actualicen, salvo en el caso de la prisión preventiva oficiosa, supuesto en el que el riesgo se determinó *a priori* en sede legislativa, por lo que el juez únicamente se limita a aplicar la norma.

En el caso concreto de la medida cautelar de la prisión preventiva, el alcance de esta medida restrictiva de la libertad está expresamente señalado en el artículo 165 del CNPP, el cual señala que sólo se podrá imponer prisión preventiva cuando se trate de delitos que ameriten pena privativa de libertad, no pudiendo, en consecuencia, aplicarse en el supuesto de delitos que prevean penas de distinta naturaleza a la pena privativa de libertad.

D. Excepciones a las medidas cautelares

Como ya fue explicado líneas arriba, cuando la razón protegida por la norma jurídica entra en conflicto con otra u otras razones de mayor jerarquía, nos encontramos en un caso de excepción a la regla, situación en la que deberá prevalecer la razón de mayor peso. Las excepciones a la regla pueden estar o no expresamente previstas en la norma.

E. Excepciones expresas a la prisión preventiva

Salvo en el caso de la prisión preventiva, el CNPP no establece excepciones para las medidas cautelares. En cuanto a la prisión preventiva, el artículo 166 del CNPP dispone que *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*. Asimismo, en el segundo párrafo señala que: *de igual forma, procederá lo previsto en el párrafo anterior cuando se trate de mujeres embarazadas o madres durante la lactancia*. Por último, dicho dispositivo legal señala que: *no gozaran de la prerrogativa prevista en los dos párrafos anteriores, quienes a criterio del juez de control puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su riesgo social*.

El derecho a la salud, a la integridad física y psíquica, a la dignidad, el interés superior del menor, etcétera, son las razones que el legislador buscó hacer prevalecer por encima del riesgo procesal al establecer los supuestos de excepción a la prisión en los dos primeros párrafos del artículo 166 del CNPP.

Sin embargo, al establecerse el último párrafo de dicho numeral en cita, el legislador incurre en una especie de contrasentido, pues de dicho párrafo se desprende que cuando se solicite la prisión preventiva en contra de algunas de las personas ubicadas en el supuesto de excepción (persona mayor de setenta años o que padezca una enfermedad grave o terminal o en el caso de una mujer embarazada o madre lactante) en razón de la existencia de un riesgo de sustracción de la acción de la justicia o de un peligro para la sociedad (prisión justificada), será irrelevante el supuesto de excepción, pues al final se aplicará la prisión en virtud de que junto con la solicitud de la prisión preventiva ya se encuentra justificado el peligro de sustracción o el riesgo para la sociedad, siendo de antemano nugatorio el supuesto de excepción, pues el mismo está limitado para los casos en que no se verifique precisamente un riesgo procesal de peligro sustracción o para la sociedad. En ese tenor, las razones que el artículo 166 busca hacer prevalecer por encima de los riesgos procesales caen en la trampa de lo establecido en el último párrafo, pues se advierte, en una suerte de contrasentido, que al final sí prevalecerá el riesgo procesal por encima de aquellas razones que buscaba hacer prevalecer la excepción expresa.

Ahora bien, en el caso de la prisión preventiva oficiosa, cuando se vincule a proceso a una persona que se encuentre en cualquiera de los supuestos establecidos en el primer o segundo párrafo del artículo 166, el juez no podrá imponer la medida cautelar en comento salvo que la parte acusadora demuestre que existe un riesgo procesal en la vertiente de peligro de sustracción o peligro para la sociedad. En ese orden de ideas, el único beneficio es que la prisión preventiva oficiosa deja de ser automática en estos casos, por lo que, para imponerse, deberá justificarse el riesgo que se establece en el último párrafo del artículo 166 del CNPP. Sin embargo, también en este caso nos encontramos en un contrasentido porque, al final, prevalece el riesgo procesal por encima del derecho fundamental a la salud, a la integridad física y psíquica, a la dignidad, al interés superior del menor, etcétera, que son los derechos o razones que la norma de excepción (artículo 166) buscaba hacer prevalecer por encima del riesgo procesal.

Es por ello que, para eliminar el contrasentido, se propone de *lege ferenda* eliminar el último párrafo del artículo 166 del CNPP, a fin de hacer que efectivamente prevalezcan los derechos o razones que buscaba la norma de excepción.

F. Excepciones no expresas a la prisión preventiva

En la práctica pueden darse supuestos de excepción no establecidos en la norma. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de la prisión preventiva oficiosa establecida para los delitos en materia de hidrocarburos. Al respecto, de la exposición de motivos a la reforma constitucional al artículo 19, se desprende que la razón subyacente de la prisión preventiva oficiosa en estos delitos es que se busca evitar la reinciden-

cia y el peligro para la sociedad.² En ese tenor, si en un caso concreto en el que se vincule a proceso a una persona por un delito en materia de hidrocarburos y que, al no encontrarse en un supuesto de excepción expreso en el artículo 166, amerite prisión preventiva oficiosa y se demuestre que no existe riesgo de reincidencia porque, por ejemplo, la persona quedó ciega en razón del hecho o por cualquier otra circunstancia, el juez debería hacer una excepción a la prisión preventiva oficiosa en atención a que la razón subyacente que motivó a la norma no se verifica para el caso concreto y, por tanto, ante la ausencia de dicha razón, y en atención a otras razones como la presunción de inocencia, la mínima intervención, la subsidiariedad y excepcionalidad, el juez deberá privilegiar la libertad de la persona imputada.

Sirve como argumento adicional a lo anterior, el hecho de que incluso en delitos de prisión preventiva oficiosa, el juez podrá no imponer dicha medida cautelar cuando no sea proporcional, por lo que podrá sustituirla por otra menos intrusiva (artículo 167, último párrafo, del CNPP).

(...) [E]s posible –merced a las estipulaciones del Código Nacional- que el juez prescinda de la prisión preventiva oficiosa, a solicitud del Ministerio Público –apoyado por el superior jerárquico de esta institución- cuando se estime innecesario aplicarla. En este punto, el régimen secundario ha mejorado la previsión constitucional, mejoramiento posible y plausible si se recuerda que la Constitución sostiene los derechos mínimos, que puede ampliar el ordenamiento secundario (...) ³

En ese sentido, si el juez puede sustituir la prisión preventiva oficiosa por razones de proporcionalidad en casos en los que no existe prueba en contrario de la razón subyacente, con mayor razón lo puede hacer en los casos en los que sí existe prueba en contrario de la razón subyacente.

IX. Conclusiones

La medida cautelar implica emitir un juicio de probabilidades futuras (inferencias) en cuanto a la actualización de ciertos riesgos procesales (sustracción del proceso, protección a la sociedad, protección de la evidencia) y, desde luego, de verosimilitud de los datos de prueba, analizando si es probable que de los mismos se desprenda que se actualiza algún tipo de riesgo procesal que se pretenda tutelar y que al aplicar una medida, ésta vaya a ser lo suficientemente efectiva para mitigar el riesgo indicado, lo que conlleva al análisis en un primer momento de si existe necesidad de cautela o no, ya una vez determinada la necesidad de cautela se podrá analizar la idoneidad de éstas,⁴ es decir, cuáles de las catorce

² Decreto por el que se declara reformado el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 2019.

³ García Ramírez, S.: *La reforma penal...* cit., p. 719.

⁴ Un claro ejemplo de cómo al imponer una medida cautelar se debe considerar siempre la necesidad, idoneidad y propor-

medidas cautelares existentes van a ser efectivas para proteger el peligro que está dando origen a la necesidad de cautela y, por último, entrar al análisis más complejo pero el más importante, que lo es el determinar la proporcionalidad de la medida de acuerdo con el grado de afectación de los derechos humanos del imputado, para finalmente, lograr ese equilibrio entre la afectación y la eficacia de mitigación del riesgo, para evitar que la medida o medidas cautelares resulten excesivas o insuficientes según sea el caso y estas no vayan a resultar desproporcionales o insuficientes.

Por último, con base en la progresividad de los derechos fundamentales, siempre se debe buscar maximizar dichas prerrogativas, y para el caso de las medidas cautelares habrá que procurar que se haga realmente efectivo el principio de mínima intervención en sus vertientes de subsidiariedad y excepcionalidad, por lo que, de ser necesario, se debe atender a las razones subyacentes de la norma a fin de identificar su alcance y excepciones, pero sobre todo, tratar de identificar nuevos supuestos de excepción no previstos por la regla a fin de hacerlos justiciables en el terreno práctico. Sólo así se lograría una verdadera progresividad en esta materia tendiente a contener la irracionalidad del poder punitivo.

X. Bibliografía

- Atienza, Manuel: *Curso de argumentación jurídica*. Trotta. Madrid. 2013.
- Bernal Pulido, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia. Cuarta Edición. 2014. Colombia.
- Chacón Rojas, Oswaldo y Nataren Nandayapa, Carlos Faustino: *Las medidas cautelares en el procedimiento penal acusatorio*. Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. 2015. México.
- García Ramírez, Sergio: *La reforma penal constitucional (2007-2008)*. Porrúa. México. 2008.
- Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julian: *Derecho procesal penal chileno, Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación, Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. 2002. Chile.
- Valadez Díaz, Manuel: *Medidas Cautelares*. Flores Editores. 2017. México.

cionalidad en sentido estricto al caso concreto, lo es en el precedente judicial: Registro digital: 2025435, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Undécima Época, Materias(s): Penal, Tesis: I.2o.P.3 P (11a.), Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tipo: Aislada.

PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA. LA IMPOSICIÓN DE ESA MEDIDA CAUTELAR EN UN PRIMER PROCESO PENAL NO ES MOTIVO SUFICIENTE PARA QUE TAMBIÉN SE IMPONGA EN EL SEGUNDO, PUES ELLO NO EXIME DE JUSTIFICARLA CON BASE EN LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD, NECESIDAD E IDONEIDAD PREVISTOS EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Legislación y jurisprudencia

- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Decreto por el que se declara reformado el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 2019.
- Informe 2/97 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Época: Decima; Registro: 202089; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro: 72; Noviembre de 2019; Tomo III; Materia: Penal; Tesis I.4o. P.31 (10a.); pág. 2430.
- Época: Undécima; Registro digital: 2025435; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Materias(s): Penal; Tesis: I.2o.P.3 P (11a.); Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Tipo: Aislada.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

Documentos

- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Barreto Leyva vs Venezuela*, consultada en la página de internet https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf, el 20 de junio de 2021, a las 15:00 horas.

Asesoría jurídica y defensa penal
las 24 horas, los 365 días del año



ifdpdefensatel.cjf.gob.mx



Inconvencionalidad de la prisión preventiva oficiosa

Moisés Abraham González Velasco*

RESUMEN: El presente artículo analiza la prisión preventiva oficiosa a través de un enfoque en derechos humanos y tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano, con la finalidad de visibilizar la incompatibilidad entre la Convención Americana de Derechos Humanos y la medida cautelar de carácter oficioso.

SUMARIO: Introducción. I. Principios y presupuestos. II. Prisión preventiva en México. III. Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. IV. Interpretación de los tratados y responsabilidad internacional. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Introducción

En todo proceso se advierte la existencia de aquellas medidas que tienen como fin primordial la predictibilidad de una decisión judicial, para resolver la litis que impulsa la máquina, siendo así, una herramienta de utilidad para el proceso jurisdiccional. Ahora bien, las medidas cautelares no son la excepción, entendiendo que, el acto procesal para debatirlas se encuentra en la audiencia inicial, así, una vez satisfechos los presupuestos procesales contenidos en la ley, las partes debatirán sobre la actualización de los riesgos procesales y la proporcionalidad entre los fines resguardados y los derechos que serán objeto de restricción.

Partiendo del Amparo en Revisión 355/2021, la acción de inconstitucionalidad 130/2019, así como el Caso *García Rodríguez y Reyes Alpizar vs. México*, sometido ante la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (ahora en adelante Corte IDH), se ha generado mucha controversia sobre la prisión preventiva oficiosa; por una parte, si dicha medida cautelar es contraria al espíritu de la Convención Americana de Derechos Humanos y los derechos humanos, siendo el problema la porción normativa utilizada para *justificar* la privación de libertad provisional sin la necesidad de debatir; y, por la otra, si la palabra *oficiosa* se debe entender como *análisis obligatorio aun sin petición de parte y no como auto aplicación, ubicando el fondo del asunto en una cuestión interpretativa*.

A continuación, se abordará a la incompatibilidad de la utilización de la medida cautelar oficiosa con los derechos humanos, enfocándose a cuestiones básicas en torno al proceso cautelar, la prisión preventiva en México y sus vertientes, así como la jurisprudencia emitida por el órgano encargado de interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos (ahora en adelante CADH), es decir, la Corte IDH, para concluir con la interpretación de los tratados y abarcando la responsabilidad internacional por la regulación y aplicación de la oficiosidad.

* Egresado de la Licenciatura en Derecho, Universidad Autónoma “Benito Juárez” de Oaxaca.

I. Principios y presupuestos

Las medidas cautelares tienen como finalidad la presencia del imputado o acusado en el proceso penal, además de garantizar la seguridad de la víctima u ofendido, incluso de los testigos; así también, evitar la obstaculización de la investigación, en palabras de Aroca: *las medidas cautelares han sido concebidas como un instrumento idóneo para contrarrestar el riesgo de que durante el transcurso del proceso el sujeto pasivo pueda realizar actos o adoptar conductas que impidan o dificulten gravemente la ejecución de la sentencia.*¹ Mientras que Ferrán las define de la forma siguiente:

*Es aquella decisión administrativa de carácter provisional, excepcional e instrumental, que se adopta en el seno de un procedimiento sancionador, o con carácter previo al mismo, con las debidas garantías y limitaciones, ya sea para poner fin a los efectos perjudiciales de la conducta infractora, ya sea para proteger el interés general perturbado por la infracción, ya sea, en fin, para asegurar—en sentido amplio—la eficacia de la resolución que pueda recaer.*²

A. Principios de las medidas cautelares

La legalidad concebida como principio indica que cualquier medida cautelar que se imponga debe estar contenida en la Ley adjetiva y en la Constitución federal, sobre todo aquellas medidas que afectan de forma grave los derechos humanos. Son instrumentales, no tratan el aseguramiento de un derecho o un fin mismo, sólo sirven a la celeridad del proceso penal, evitando riesgos procesales que dilaten la emisión de la decisión judicial.

Se consideran provisionales, tienen un tiempo límite de duración, atendiendo al derecho a ser juzgado en un plazo razonable, siendo impuestas una vez que se actualiza el *fonus comisi delicti*, hasta su levantamiento al momento de emitir la sentencia, existiendo la posibilidad de levantarse antes de lo previsto mediante una solicitud de revisión o modificación, cuando las circunstancias que motivaron a su imposición se hayan desvanecido o cambiado. El plazo establecido para el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable puede prolongarse dependiendo de la complejidad del caso, sobre todo cuando existen recursos o juicios de amparos derivados del juicio de origen pendientes por resolver.

Por otra parte, la excepcionalidad indica que sólo serán impuestas cuando sean necesarias para el proceso judicial. Este principio atiende a la regla general de las medidas, sólo serán impuestas cuando las condiciones así lo ameriten, es decir, cuando de los datos de prueba y del comportamiento del imputado se advierta la existencia de algún riesgo procesal, de lo contrario, no tendría sentido su imposición.

¹ Montero Aroca, J.; Et. Al.: *Derecho...* cit., p. 441.

² Pons Cánovas, F.: *Las medidas...* cit., p. 17.

Deben ser proporcionales al hecho que la ley señala como delito, su naturaleza, los medios utilizados para su realización, en correlación con los fines que trata de resguardar y los peligros procesales que se actualicen, motivando la necesidad de cautela. Horvitz y López señala el principio de proporcionalidad en sentido amplio: *afirma que las medidas cautelares personales que se adopten en el curso de un proceso penal deben estar en relación proporcional con la finalidad del procedimiento que se persigue cautelar y con la gravedad del hecho que se investiga.*³

La idoneidad se enfoca en la contribución de lograr un fin legítimo, como el desarrollo del proceso sin complicaciones, la materialización de una sentencia, así como la reparación del daño. Sánchez refiere que: *si la intervención no tuviera la capacidad para lograr dicho fin, o contribuir a ello, alegarlo es simplemente un pretexto para intervenir en el derecho fundamental, y de tal manera esta afectación resultaría gratuita, inmotivada, injustificada.*⁴

En otras palabras, este subprincipio consiste en escoger la medida que más se acople al riesgo procesal invocado, la relación entre la restricción de un derecho del imputado y la obtención del fin en el proceso, es decir, si existe el riesgo de sustracción de la acción de la justicia, del catálogo de medidas se debe de escoger la adecuada para evitar que el imputado se sustraiga, no tendría relevancia solicitar la exhibición de una garantía económica para que el imputado esté sujeto a la realización del proceso y, en su momento procesal oportuno, se determina su responsabilidad penal.

Deben ser necesarias. Para lograr la materialización de un fin será necesario la intromisión en la esfera jurídica del gobernado, es decir, es necesario la interferencia con un derecho fundamental, siempre atendiendo a la graduación de intromisión. De las medidas idóneas, la representación social debe clasificarlas por su lesividad a los derechos humanos, optando por aquellas que causen un menor daño.

Por último, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, se resume en el análisis de derechos en colisión, según la ley de la ponderación, a medida que se afecte un derecho, debe ser mayor la importancia de satisfacción del otro, es decir, por una parte los que se satisfacen y, por la otra, aquellos que se pretenden interferir para la consecución de los fines procesales, a su vez, el desglose de las afectaciones de forma directa e indirecta e incluso a terceros, cuando la medida cautelar pueda impactar de forma grave.

B. Presupuestos procesales

Indican el momento para su imposición, se debe advertir la apariencia del buen derecho (*fumus comissi delicti*), doctrinalmente, Nieva, se refiere a este presupuesto

³ Horvitz Lennon, M. I. y López Masle, J.: *Derecho procesal...* cit., pp. 353-354.

⁴ González Carvallo, D. y Sánchez Gil, R.: *El test de...* cit., p. 64.

como: *la probabilidad de que la sentencia vaya a ser condenatoria, no basta una mera conjetura, sino que debe tratarse de una presunción correctamente construida, es decir, fundamentada en indicios de los que quepa deducir razonablemente la responsabilidad del sujeto*⁵.

De acuerdo con el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 154, se genera debate sobre medidas cautelares en dos momentos; el primero: una vez formulada imputación y el imputado manifieste adherirse al plazo constitucional; el segundo: cuando la situación jurídica del imputado se resuelva de manera continua, es decir, formulada imputación, consecuentemente, el dictado de auto de vinculación a proceso y finalmente, el debate sobre las medidas a imponer.

Por otra parte, el peligro de demora (*periculum libertatis*), o conocido también como peligro de retardo, consistente en el tiempo de duración de un proceso penal y las acciones que puedan materializarse por parte del imputado con la finalidad de dificultar el dictado de una sentencia, en otras palabras, consiste en: *cualquier acción que pueda realizar el imputado estando en libertad y que pueda en algún momento comprometer la tutela que se dispense en la sentencia*,⁶ aquellos supuestos de hecho que actualicen riesgos procesales, verbigracia, sustracción de la acción de la justicia, peligro de obstaculización del proceso o la investigación y peligro para la víctima, ofendido o comunidad.

Por último, la existencia de un proceso pendiente por desarrollar y resolver. Nieva indica que la pendencia de un proceso penal es: *otro presupuesto que debe matizarse, tiene que ser actual o inminente, en el sentido de que una medida cautelar solamente tiene sentido, como ya se dijo, si va encaminada a garantizar la eficacia de una sentencia*.⁷

II. Prisión preventiva en México

La primera vertiente en su carácter de oficioso, se caracteriza por ser impuesta al momento de formalizar la investigación por haberse advertido la existencia de un hecho que la ley señala como delito catalogado como grave, así como los supuestos no limitativos ni taxativos en los que se puede imponer, verbigracia, el uso de medios violentos, la Constitución Federal en su artículo 19, segundo párrafo refiere lo siguiente:

El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al

⁵ Nieva Fenoll, Jordi: *Derecho procesal...* cit., p. 160.

⁶ Ídem.

⁷ *Ibidem*, p. 161.

transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

Esta medida cautelar es impuesta sin abordar enunciados argumentativos, sólo basta con la solicitud del Agente de Ministerio Público, ante la ausencia de solicitud es el Órgano Jurisdiccional el encargado de pronunciarse sobre su imposición, sin producir una carga argumentativa para efecto de sustentar la existencia de algún riesgo procesal (*reiteración delictiva en sus diferentes vertientes, obstaculización de la investigación y riesgo de fuga*).

La segunda vertiente es objeto de justificación a través de los datos de prueba que actualicen los riesgos procesales, siempre y cuando, se advierta su proporcionalidad en sentido amplio y estricto, la Constitución Federal en el artículo 19, segundo párrafo dispone lo siguiente:

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 precepto constitucional hace alusión a la necesidad de las medidas cautelares, tomando en consideración aquellos delitos que no se encuentran clasificados como graves, es decir, se procederá a analizar la imposición de la prisión preventiva como *ultima ratio*, tomando en consideración el catálogo de las medidas cautelares contenidas en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales.⁸

La principal distinción entre ambas vertientes es la oficiosidad, cuando el juzgador advierte la actualización de uno o más supuestos del precepto constitucional correlacionado con los párrafos tercero, cuarto y quinto del artículo 167 de la Ley Adjetiva, ordenando prisión preventiva de manera oficiosa, por otra parte, cuando

⁸ Artículo 155. A solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares: I. La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe; II. La exhibición de una garantía económica; III. El embargo de bienes; IV. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero; V. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fijé el juez; VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada; VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares; VIII. 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; IX. La separación inmediata del domicilio; X. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos; XI. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral; XII. La colocación de localizadores electrónicos; XIII. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o XIV La prisión preventiva.

no se esté ante esas circunstancias, deberá ser justificada con base en los riesgos procesales contenidos 168 a 170 del Código Nacional, así como la necesidad de cautela porque las demás medidas no son suficientes.

III. Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La evolución doctrinal y jurisprudencial han permitido establecer vertientes sobre la libertad personal, específicamente la protección de los gobernados contra detenciones u otras medidas ilegales o arbitrarias que restrinjan su autonomía física, *siendo un derecho que salvaguarda la libertad de movimiento de la persona, protege al ser humano en contra de todos aquellos actos que, sin fundamento legal y en forma caprichosa, la transgreden.*⁹

Ahora bien, la Corte IDH, a través de su función contenciosa, se ha encargado de la construcción de criterios jurisprudenciales respecto a la privación de la libertad por el uso de prisión preventiva como medida provisional. No hay que olvidar que estos criterios revisten de carácter vinculante y orientadores, siendo parte de los parámetros de regularidad constitucional adoptado por nuestro máximo tribunal.

La CADH indica que nadie puede ser sometido a detenciones o encarcelamientos arbitrarios, viene a colación el Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, relativo a la violación las garantías judiciales, en particular, la libertad personal en perjuicio del señor Enrique Barreto Leiva, la Corte IDH interpreto dicho derecho de la manera siguiente:

En consecuencia, el Tribunal declara que el Estado, al no haber brindado una motivación suficiente respecto a la consecución de un fin legítimo compatible con la Convención a la hora de decretar la prisión preventiva del señor Barreto Leiva, violó su derecho a no ser sometido a detención arbitraria, consagrado en el artículo 7.3 de la Convención. Finalmente, el Tribunal declara que el Estado incumplió su obligación consagrada en el artículo 2 de la Convención, puesto que su ley interna no establecía garantías suficientes al derecho a la libertad personal, ya que permitía el encarcelamiento de comprobarse únicamente “indicios de culpabilidad”, sin establecer que, además, es necesario que la medida busque un fin legítimo¹⁰.

Ahora bien, la medida cautelar de prisión preventiva no debe estar determinada por el delito que se imputa, en el contexto mexicano, esto ocurre con el catálogo de delitos que la ameritan oficiosamente. Respecto al análisis de principios y riesgos procesales que se deben justificar, al igual que la ponderación de derechos, en el Caso López Álvarez Vs. Honduras, la Corte IDH se manifestó en los términos siguientes:

⁹ SCJN. *Derecho a la...* cit., p 5.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Serie C, No. 206. Sentencia de 17 de noviembre del 2009. Fondo, reparaciones y costas. Párrafo 116.

La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.

La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria¹¹.

En ese mismo orden de ideas, se ha reiterado la excepcionalidad de la prisión preventiva, así como la debida justificación para su imposición, viene a colación el Caso *Herrera Espinoza y Otros Vs. Ecuador*, relativo a víctimas originarias de España y Francia, detenidas en 1994 durante una investigación por el delito de tráfico de drogas, sufriendo torturas y una privación arbitraria de la libertad, la Corte IDH estableció lo siguiente:

Conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. La decisión judicial que restringe la libertad personal de una persona por medio de la prisión preventiva debe fundamentar y acreditar, en el caso concreto, la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la conducta delictiva de la persona y que la detención sea estrictamente necesaria, y por tanto no puede tener como base la mera sospecha o percepción personal sobre la pertenencia del acusado a un grupo ilícito determinado.

En todo caso, la privación de libertad del imputado sólo debe tener como fin legítimo el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.¹²

De los criterios anteriores se puede establecer que, para la procedencia de la prisión preventiva, se debe actualizar la existencia de algún riesgo procesal que ponga en peligro la predictibilidad de una decisión judicial; por otro lado, debe analizarse bajos los parámetros que conforman el principio de proporcionalidad y sus subprincipios.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Serie C, No. 141. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Fondo, reparaciones y costas. Párrafos 67-68.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Espinoza y Otros Vs. Ecuador. Serie C, No. 316. Sentencia de 1 de septiembre del 2016. Fondo, reparaciones y costas. Párrafo 143.

IV. Interpretación de los tratados y responsabilidad internacional

El 24 de marzo de 1981 se le tuvo a México ratificando el Pacto de San José, mediante el Instrumento de ratificación de adhesión depositado ante la Secretaría General de la OEA; posteriormente, el Estado mexicano reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH bajo los términos siguientes:

Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.1 de la misma, a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹³

Ahora bien, la interpretación de los tratados internacionales ratificados por los Estados queda a cargo de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, en su artículo 26 y 27 que dispone lo siguiente:

26. “*Pacta sunt servanda*”. *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*

27. *El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.*

De lo anterior, se desprende el principio de buena fe por parte de los Estados para dar cumplimiento a los tratados, sin invocar disposiciones de derecho interno para su cumplimiento, viene a colación la inobservancia de estos principios en el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, relativo al decreto de Ley No. 2.191, por el cual se concedía amnistía a todas las personas que hubieran perpetrado hechos delictuosos entre 1973 y 1978, debido a sus disposiciones normativas, no se investigó, sancionó y reparó la muerte del señor Arellano, la corte se manifestó invocando la interpretación de los tratados de la forma siguiente:

El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un trata-

¹³ [http://www.cidh.oas.org/basicos/Spanish/basicos2a.htm#:~:text=A%20trav%C3%A9s%20del%20instrumento%20fechado, prometiendo%20que%20ser%C3%A1%20inviolablemente%20observada](http://www.cidh.oas.org/basicos/Spanish/basicos2a.htm#:~:text=A%20trav%C3%A9s%20del%20instrumento%20fechado,prometiendo%20que%20ser%C3%A1%20inviolablemente%20observada).

do internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

En la Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, referente a la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención, se dispone que es obligación de los Estados Parte reparar las consecuencias del acto violatorio a través del empleo de medidas legislativas, necesarias para garantizar los derechos o libertades contenidos en la CADH, como ocurrió en el Caso Olmedo Bustos y otros (*Última tentación de Cristo*) vs. Chile, la Corte IDH señaló que *la censura al contenido el ordenamiento jurídico interno (artículo 19, número 12, Constitución Política y el Decreto de Ley número 679), incumplía el deber de adecuar el derecho interno, contrariando lo dispuesto en los artículos 2 y 1.1 contenidos en la CADH, incumpliendo los deberes positivos de respetar y garantizar los derechos consagrados en la misma*.¹⁴

También se resolvió que, el Estado chileno debía modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con la finalidad de suprimir la censura impuesta. Al momento de quedar ratificado y entrar en vigor un tratado, los Estados lo cumplirán *pacta sunt servanda*, es decir, no deben invocar la norma interna para el incumplimiento de un tratado vigente.

El Estado mexicano tiene la obligación de armonizar el contenido de la convención y su jurisprudencia con la norma interna, circunstancia que no ocurre con la creación y aplicación de una prisión preventiva de carácter oficioso, esto, al existir una restricción constitucional, derivada de la contradicción de tesis 293/2011,¹⁵ pues cuando en la Constitución exista una *restricción expresa* a los derechos humanos, se deberá estar a lo dispuesto en el texto constitucional, sin importar los derechos contenidos en los tratados internacionales, a pesar de estar en la misma jerarquía.

A. Análisis de inconvencionalidad

Con esta figura cautelar se contraría el espíritu de la Convención, incumpliendo la obligación de respetar los derechos contenidos en el artículo 1º de la CADH, siendo el eje toral para determinar la violación a los derechos humanos contenidos en el tratado internacional, específicamente el derecho a la libertad y la dignidad

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Olmedo Bustos y Otros (última tentación de cristo) Vs. Chile. Serie C, No. 154. Sentencia de 26 de septiembre del 2016. Excepciones, fondo, reparaciones y costas. Párrafos 89 y 90.

¹⁵ DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Pleno SCJN, Décima Época, abril 2014; Materia: Constitucional; Tesis: P.J. 20/2014; IUS 2006224.

humana de toda persona, en palabra de Gross, esta obligación *comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.*¹⁶

Así también el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 CADH), en interpretación de la Corte IDH, *los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protege.*¹⁷ Monroy la considera como *una norma que conlleva la obligación de los Estados de acoplar su legislación interna a lo preceptuado en la CADH, de tal manera que haya perfecta armonía y congruencia entre las normas internas y las internacionales contenidas en dicha Convención,*¹⁸ existiendo incompatibilidad entre los derechos contenidos en un plano interno e internacional con la medida cautelar de carácter oficioso.

Por otro lado, las garantías judiciales en el artículo 25, concretamente el contar con un recurso efectivo, en palabras de Quiroga *la efectividad tiene que ver con su capacidad potencial, en el hecho y en el derecho, de producir el resultado que se requiere para proteger el derecho, pero también se relaciona con el debido proceso,*¹⁹ los medios de impugnación en materia penal, apelación o amparo indirecto, para combatir la prisión preventiva de oficio, carece de efectividad ante la restricción expresa toda vez que dicha medida oficiosa aparenta legitimidad al estar contenida dentro de la Constitución federal.

En ese mismo orden, es conveniente destacar el contenido del artículo 8.2, relativo a la presunción de inocencia en su vertiente de trato procesal, ello en razón de privar la libertad sin existir una sentencia condenatoria firme, la prisión preventiva de oficio se impone mediante una resolución que no dirime la responsabilidad penal, carente de motivación, en su diversa jurisprudencia, la Corte IDH, ha referido que una debida motivación evita la emisión de decisiones arbitrarias, viene a colación el Caso *Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela*, interpreta dicho derecho como la *exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión, una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática,*²⁰ situación que no

¹⁶ Gros Espiell, H.: *La Convención...* cit., pp. 65-66.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras.* Serie C, No. 305. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Fondo, reparaciones y Costas. Parrafo 187.

¹⁸ Monroy Cabra, M. G.: *Derechos y...* cit., p. 34.

¹⁹ Medina Quiroga, C.: *La Convención...* cit., p. 373.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela.* Serie C, No. 182. Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 77.

ocurre con la prisión preventiva de oficio, no se advierte la justificación cualificada, ni los riesgos procesales, ni la necesidad de restringir derechos, a pesar que toda decisión debe cumplir con justificación interna y externa, sobre todo cuando tienen como finalidad la limitación de un derecho.

Por último, el derecho a la libertad (artículo 7.3 CADH), Quiroga lo define como *un aspecto de la libertad humana, pero sólo referido a la posibilidad de moverse en el espacio sin limitaciones.*²¹

En ese mismo orden a través de su jurisprudencia, los Tribunales Colegiados de Circuito señalan que *la libertad personal deambulatoria constituye un derecho inherente al ser humano, que le permite desplazarse de un lugar a otro sin restricción alguna.*²² A través de un diálogo jurisprudencial, el Tribunal Constitucional Español refiere que este derecho *comporta o implica 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 organizar en cualquier momento y lugar,*²³ lo cual no acontece con la medida cautelar oficiosa, pues privar de la libertad sin la necesidad de entrar al análisis de esta restricción bajo los principios y riesgos procesales.

V. Conclusiones

El gobernado tiene derecho a una impartición de justicia mediante la cual se pueda advertir que su defensa sea eficaz haciendo valer todos sus derechos mediante argumentos razonables ante el órgano jurisdiccional y combatir las alegaciones de la fiscalía, permitiendo así un mayor análisis del fondo del asunto en cuanto a las medidas cautelares, en específico, la prisión preventiva oficiosa.

Ahora bien, se deben dejar en el pasado las audiencias en las cuales se denotan las participaciones de las partes sin abordar ideas argumentativas, en las cuales no baste con la solicitud del agente de ministerio público o, en su defecto, la iniciativa del juzgador para imponer prisión preventiva oficiosa, sin producir una carga argumentativa para efecto de sustentar la existencia de algún riesgo procesal, deben quedar sin aplicación esas malas prácticas del derecho humano a la tutela judicial efectiva en el sistema de justicia penal en México.

Lo anterior, encuentra sustento en el derecho a la motivación que tiene todo gobernado, es decir, más allá de la utilización del precepto normativo, las circunstancias fácticas que fijen claramente la capacidad de comprensión de las líneas justificadoras utilizadas, entiendo este derecho en su vertiente cualificada,

²¹ Medina Quiroga, C.: *op. cit.*, p. 213.

²² Tesis XVI.6o. J/1, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 2233. Reg. IUS. 180293.

²³ Sentencia 15/1986, emitida por la Sala del Tribunal Constitucional de España el treinta y uno de enero de mil novecientos ochenta y seis.

al respecto, el Tribunal Constitucional de Lima, estableció que *la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión, como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal*,²⁴ Taruffo refiere el cumplimiento del principio de plenitud de la motivación, *una motivación completa debe incluir la llamada justificación interna, relativa a la conexión lógica entre la premisa de derecho y la premisa de hecho (la llamada subsunción del hecho en la norma) que funda la decisión final, como la llamada justificación externa.*²⁵

En cada decisión judicial se advierte la existencia de un estándar de prueba asociado, es decir, el umbral probatorio requerido para poder dar por probado un hecho y, por ende, imponer la consecuencia, verbigracia, interpretación objetiva del estándar de prueba *más allá de una duda razonable*, del cual se desprende la distribución del error, en palabras de Laudan, *ocurre un error cuando una persona inocente es tratada como culpable o cuando una persona culpable no es hallada como tal por el sistema*,²⁶ adoptando dichos criterios en los casos de prisión preventiva oficiosa, no se advierte la existencia de un estándar probatorio, tomando en consideración el cumplimiento del estándar prevaleciente que gira en torno al hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de intervención para un auto de vinculación, no en la justificación de un riesgo procesal y la proporcionalidad en sentido amplio y estricto, sin que la vinculación sea equiparable para justificar la oficiosidad, por atender a cuestiones completamente diferentes, como los riesgos procesales y la interferencia a un derecho, por lo cual, se priva de la libertad a un imputado que es considerado como inocente sin haber dictado una sentencia, sin un estándar de justificación satisfecho, sin una distribución de error.

Máxime que la Suprema Corte, en su jurisprudencia estableció que cuando existe alguna restricción expresa de derechos, se atenderá a lo que establezca el texto constitucional, limitando a las autoridades en ejercicio de sus funciones, realizar un *control de convencionalidad ex officio*, por así ordenarlo el texto constitucional.

Así también, limitando los parámetros para el control de Constitucionalidad para hacer efectivo lo dispuesto por la CADH, por tanto, *la prisión preventiva oficiosa a nivel Constitucional y Ley secundaria es inconveniente y sólo podrá ser abolida a través de un control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad ejercido por los Órganos del Poder Judicial de la Federación*.

²⁴ Tribunal Constitucional de Lima, Perú, en la sentencia del EXP. N° 1744-2005-PA/TC, JESÚS ABSALÓN DELGADO ARTEAGA, mayo 2005.

²⁵ Taruffo, M.; et al.: *Consideraciones...* cit., p. 39.

²⁶ Laudan, L.: *Error, verdad...* cit., p. 35.

VI. Bibliografía

- González Carvallo, Diana Beatriz y Sánchez Gil, Rubén: *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*. México. SCJN. 2021.
- Gros Espiell, Héctor: *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1991.
- Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián: *Derecho procesal penal chileno. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. 2003.
- Laudan, Larry: *Error, verdad y proceso penal*. Madrid. Marcial Pons. 2010.
- Medina Quiroga, Cecilia: *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. San José, Costa Rica. Universidad de Chile/Facultad de Derecho/Centro de Derechos Humanos. 2005.
- Monroy Cabra, M. G.: *Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José*. OEA. Washington. 1980.
- Montero Aroca, Juan; Gómez Colomer, Juan Luis; Barona Vilar, Silvia; Esparza Leibar, Iñaki; Exteberria Guridi, José Francisco: *Derecho jurisdiccional, Tomo III*. Valencia. Tirant lo Blanch. 1998.
- Nieva Fenoll, Jordi: *Derecho procesal I. Introducción*. Madrid. Marcial Pons. 2014.
- Pons Cánovas, Ferrán: *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid. Marcial Pons. 2001.
- SCJN: *Derecho a la libertad personal. Serie derechos humanos*. Primera Edición. México. 2013.
- Taruffo, Michele; Andrés Ibáñez, Perfecto y Candau Pérez, Alfonso: *Consideraciones sobre la prueba judicial*. México. Editorial Fontamara. 2011.

Documentos

- Corte IDH: Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Serie C, No. 182. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y costas.
- Corte IDH: Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Serie C, No. 206. Sentencia de 17 de noviembre del 2009. Fondo, reparaciones y costas.

- Corte IDH: *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Serie C, No. 305. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Fondo, reparaciones y costas.
- Corte IDH: *Caso Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador*. Serie C, No. 316. Sentencia de 1 de septiembre del 2016. Fondo, reparaciones y costas.
- Corte IDH: *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Serie C, No. 141. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Fondo, reparaciones y costas.
- Corte IDH: *Caso Olmedo Bustos y otros (última tentación de cristo) vs. Chile*. Serie C, No. 154. Sentencia de 26 de septiembre del 2016. Excepciones, fondo, reparaciones y costas.
- Tribunal Constitucional de España: Sentencia 15/1986, emitida el treinta y uno de enero de mil novecientos ochenta y seis.
- Tribunal Constitucional de Lima, Perú, en la sentencia del EXP. N° 1744-2005-PA/TC, Jesús Absalón Delgado Arteaga, mayo 2005.



Cartilla de Derechos
de Personas,
Comunidades y
Pueblos Indígenas



Cuartilla de Derechos
Personas en Movilidad
y Sujetas a Protección
Internacional

Conoce nuestras cartillas de derechos



Unidad de
Litigio Estratégico en
Derechos Humanos



Cartilla de Derechos
de Niñas, Niños y
Adolescentes



La función social del Instituto Federal de Defensoría Pública

*María Andrea López Galíndez**

RESUMEN: El presente trabajo pretende ofrecer un panorama sobre el derecho a la defensa y cómo el Instituto Federal de Defensoría Pública desempeña un papel destacado en la sociedad para que, por su conducto, se garantice aquél, así como el derecho de acceso a la justicia.

SUMARIO: Introducción. I. Marco conceptual e histórico de la defensoría de oficio. II. Marco jurídico del Instituto Federal de Defensoría Pública. III. La función social del Instituto Federal de Defensoría Pública. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

Introducción

En el primer apartado de este trabajo, se explorará brevemente de qué manera se ha definido al derecho a la defensa, particularmente en el sistema jurídico mexicano y su estrecha vinculación con el derecho de acceso a la justicia.

De igual manera se hará un recorrido por los antecedentes de la Defensoría Pública, estudiando sus orígenes en el siglo XIX a partir de las Procuradurías de Pobres y su regulación especializada desde 1922. Se verá que previo a configurarse el Instituto Federal de Defensoría Pública, primeramente, se estableció como una Jefatura, posteriormente como una Dirección General, seguida de una Unidad y finalmente como el Instituto que hoy conocemos. Se hará notar los problemas que históricamente ha enfrentado esta institución y que han conllevado a una deficiente prestación del servicio de defensa generando un sentido de desconfianza ante los resultados negativos obtenidos.

De este modo, en el numeral II se da paso a la regulación que se encuentra vigente para el Instituto por lo que se analiza desde el texto constitucional del cual emanan las disposiciones relativas a la defensa penal y al propio Instituto Federal de Defensoría Pública. Cabe mencionar que, si bien existen otras instituciones que velan por la protección al derecho de defensa de grupos vulnerables, aquí solo nos ocuparemos del aludido Instituto el cual nació preponderantemente para la atención de los asuntos de índole penal, aunque fue en la legislación más reciente en la que se consideró necesario que tuviera competencia en otras materias como es la administrativa, fiscal, laboral y civil, brindando servicios de asesoría jurídica a personas de escasos recursos económicos o que se ubiquen en algún grupo vulnerable. Tomando en cuenta lo anterior, se destacan aquellas disposiciones que abordan el derecho de defensa y el servicio que presta este Instituto.

* Oficial Administrativo del IFDP.

Finalmente, el apartado III está dedicado a exponer una reflexión sobre la función social del Instituto Federal de Defensoría Pública con base en las atribuciones que actualmente tiene y algunas experiencias prácticas observadas.

I. Marco conceptual e histórico de la defensoría de oficio

Este apartado está enfocado a desarrollar de manera breve lo que debemos entender por Defensoría de Oficio o Pública, así como sus orígenes en México. En ese sentido, se señala cuál es el concepto de esta figura jurídica destacando la importancia de contar con ella, así como los antecedentes más relevantes que han tenido lugar en la legislación mexicana para regular a las Defensorías Públicas y, en particular, la del fuero federal.

A. ¿Qué es la defensoría de oficio o pública?

El derecho a la defensa nace a partir de la comprensión de la forma en que se lleva a cabo el desarrollo de un proceso penal en el que los actores son el imputado y la víctima u ofendido de lo cual es necesaria la presencia de quien acusa, quien defiende y quien juzga. César Esquinca Muñoa, siguiendo las ideas de Jesús Zamora Pierce, dice que el concepto de defensa es uno de los pilares básicos de la idea del proceso penal, que se configura como un concepto contrario a la pretensión penal que son de igual rango y necesidad.¹

Derivado de ello, Esquinca Muñoa opina que, hablando del proceso penal, la defensa adecuada es un concepto que califica a quien la proporciona y a la eficacia de la actuación porque es la única forma de preservar los derechos fundamentales del inculpado, en especial su libertad.²

Por su parte, Amador Rodríguez Lozano explica que, ante las graves diferencias sociales, el Estado está obligado a proporcionar a quienes se encuentran encarcelados principalmente por carencia de recursos económicos, los instrumentos para defenderse y evitar de esta manera que la pobreza se convierta en los hechos en indefensión jurídica.³

Es por ello que el derecho a la defensa se vincula estrechamente con el derecho de acceso a la justicia. El derecho de acceso a la justicia ha tenido, doctrinalmente hablando, diversas acepciones. Escribe Karlos Artemio Castilla Juárez que este derecho es mucho más amplio que el de la jurisdicción dado que “[...] condensa un conjunto de instituciones, principios procesales y garantías, así como directrices político-sociales, en cuya virtud el Estado debe ofrecer, realizar y garantizar la tutela de los derechos de los justiciables en las mejores condiciones posibles

¹ Cfr. Esquinca Muñoa, C.: *La Defensoría...* cit., p. 3.

² *Ídem*.

³ Cfr. Rodríguez Lozano, A.: “Por un acceso... cit., p. 239.

de acceso económico y de inteligibilidad cultural, de modo tal que dicha tutela no resulte retórica, sino práctica.”⁴

En ese orden de ideas, el mismo autor señala que el acceso a la justicia puede ser entendido en cinco sentidos:⁵

- Como el acceso propiamente dicho, es decir, en referencia a la posibilidad de llegar al sistema judicial contando con la representación de un abogado.
- Relativo a la disponibilidad de un buen servicio de justicia que permita obtener un pronunciamiento resolutivo justo en un tiempo prudencial.
- La posibilidad de sostener un proceso completo, lo que significa que las personas no se vean obligadas a abandonar el proceso jurisdiccional por falta de recursos económicos.
- El conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos y que existan los medios para ejercer y lograr el reconocimiento de sus derechos.
- Como un mecanismo redistributivo de igualdad y dignidad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados de Circuito se han pronunciado en diversas tesis de jurisprudencia y aisladas en el sentido de que el derecho de acceso a la justicia está íntimamente ligado al derecho de adecuada defensa, con lo cual podemos ver claramente reflejados estos cinco sentidos en que se traduce el derecho de acceso a la justicia que acabo de mencionar.

Por ejemplo, en amparo en materia penal, tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunales Colegiados de Circuito, han declarado que las personas privadas de la libertad son consideradas dentro de los llamados “grupos vulnerables” al no tener la posibilidad de elegir directamente al profesional del Derecho que fungirá como su asesor jurídico o defensor público para que lo represente en el juicio de amparo, por tanto se les debe designar uno para garantizar el derecho de acceso a la justicia y a la adecuada defensa.

En la tesis de rubro *ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA Y DEFENSA ADECUADA. PARA GARANTIZAR ESTOS DERECHOS HUMANOS EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO PROMOVIDO POR UN QUEJOSO RECLUIDO EN UN CENTRO DE REINSERCIÓN SOCIAL QUE RECLAMA ACTOS RELATIVOS A LAS CONDICIONES DE SU INTERNAMIENTO, EL JUEZ DE DISTRITO DEBE DISPONER LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA QUE SEA DEBIDAMENTE REPRESENTADO Y ASESORADO POR UN PROFESIONAL DEL DERECHO, INCLUSO CON LA DESIGNACIÓN DE UN ASESOR JURÍDICO*⁶ se establece que el Juez de

⁴ Castilla Juárez, K. A.: *Acceso efectivo...* cit., p. 22.

⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 27.

⁶ Tesis V.3o.P.A. J/1 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 54, mayo de 2018, t. III, p. 2171

Distrito, para garantizar los derechos de acceso a la justicia y defensa adecuada, debe disponer las medidas necesarias para que el quejoso sea debidamente representado y asesorado por un profesional del derecho, incluso con la designación de un asesor jurídico, quien tiene, dentro de sus funciones, brindar esos servicios jurídicos profesionales a los sectores de la población destacados de manera enunciativa, pero no limitativa, en el artículo 15 de la Ley Federal de Defensoría Pública.

En el mismo tenor, en la tesis de rubro *PERSONA PRIVADA DE SU LIBERTAD PERSONAL RECLUIDA EN UN CENTRO PENITENCIARIO. SI PROMOVIÓ AMPARO INDIRECTO POR PROPIO DERECHO Y SOLICITA QUE SE LE TENGA DESIGNADO COMO SU AUTORIZADO EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY DE LA MATERIA, AL DEFENSOR DE OFICIO ADSCRITO AL JUZGADO, EL JUEZ DE DISTRITO, EN ARAS DE TUTELAR LOS DERECHOS DE ACCESO A LA JUSTICIA Y DEFENSA ADECUADA, DEBE ACORDAR FAVORABLEMENTE ESA PETICIÓN*⁷ se indica que el Juez de Distrito, de conformidad con los artículos 1o. y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 8, numeral 2, incisos d) y e) y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, numeral 3, incisos b) y d), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como los normativos 1, 2, 4, fracción II y 15, fracción VI, de la Ley Federal de Defensoría Pública, en aras de tutelar los derechos humanos de acceso a la justicia y defensa adecuada, debe tenerle por hecha la designación que haga el recluso del defensor de oficio adscrito al juzgado de amparo.

B. Antecedentes de la defensoría de oficio

Los antecedentes que se relacionan directamente con la defensoría pública en nuestro país se remontan a los inicios de la época colonial con el arribo de gente letrada a las Indias, donde González de Salazar, hombre notable y de gran influencia en la Nueva España, estimó conveniente recomendar al Gobierno Virreinal que *letrados y procuradores abogasen y procurasen en ella*.⁸

Escribe Rodolfo H. Lara Ponte que el derecho a la defensa del inculpado en materia penal encuentra su origen en los principios de igualdad ante la ley que, ampliado a través del tiempo, forma parte de nuestro catálogo de garantías de igualdad, legalidad y seguridad jurídica, con el propósito de impartir justicia en beneficio de todos los gobernados.⁹

Es por lo que “la instauración del sistema actual de Defensoría Pública significa una respuesta a la necesidad de fortalecer el esquema de defensa de los inculpados en el ámbito federal, y beneficia a la población que estaba impedida

⁷ Tesis XIII.1o.P.T. J/9 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 64, marzo de 2019, t. III, p. 2523.

⁸ Lara Ponte, R. H.: *La defensoría...* cit.

⁹ *Ibidem.*, p. 94.

para acceder a la justicia por la carencia de recursos económicos para contratar orientación y auxilio jurídico profesional en materias distintas a la penal.”¹⁰

De hecho, el propio Lara Ponte afirma que la defensa penal del acusado ha sido un cimiento para el desarrollo de sistemas de defensoría, tanto de carácter federal como local o del fuero común, dando lugar a la creación de diversos organismos que asesoran y patrocinan a las personas que tienen la necesidad de ser representadas en forma gratuita como es el caso de las procuradurías especializadas como la Agraria, del Menor y la Familia, de la Defensa del Trabajo, del Consumidor o la Social del Distrito Federal.

En 1847 el entonces diputado Ponciano Arriaga propuso al Congreso del Estado de San Luis Potosí el establecimiento de las Procuradurías de Pobres, lo que dio lugar a la expedición de la Ley de Procuradurías de Pobres de 10 de marzo de ese año que estableció el derecho de defensa para personas desvalidas respecto de cualquier exceso, agravio o vejación de autoridades de carácter judicial, político o militar.¹¹

Con la Constitución Federal de 1857 se introdujo, por primera vez, el derecho de defensa en materia penal dentro del artículo 20, fracción V, que a la letra decía: “V. Que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que, o los que le convengan.”¹²

Posteriormente, la Constitución Política de 1917 en su artículo 20, fracción IX estableció en su texto original como garantía del acusado lo siguiente:

*IX. Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quién lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que, o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite.*¹³

La primera ley de la materia fue la Ley de Defensoría de Oficio del Fuero Federal de 1922, la cual estuvo vigente hasta el año de 1988 y conservó la asistencia jurídica penal a través de la figura del defensor de oficio. Se trataba de una Unidad dependiente del Poder Judicial de la Federación que tenía como función brindar servicios de asesoría a quienes carecían de recursos económicos suficientes para cubrir honorarios de un abogado particular al acudir ante los tribunales en materia penal.

¹⁰ *Ídem.*

¹¹ Cfr. Esquinca Muñoa, C.: *op. cit.*, p. 14.

¹² Citado por Esquinca Muñoa, C.: *op. cit.*, p. 18.

¹³ *Ibidem.*, p. 21.

Cabe señalar que, en una primera etapa, como consecuencia de la expedición de esta Ley se creó una Jefatura llamada Cuerpo de Defensores a cargo de un jefe y de un número de defensores de oficio determinado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dicha Jefatura se enfrentó a muchos problemas derivados de la falta de defensores, de capacitación y de personal de apoyo, aunado a que la remuneración era insuficiente para cubrir las necesidades básicas de aquéllos, lo que los obligaba a trabajar en despachos particulares.

Explica César Esquinca Muñoz que uno de los aspectos más cuestionables de esta Ley fue que no se consideró a la Defensoría como una institución ni se le dotó de autonomía porque dependía directamente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que era la encargada de nombrar y remover libremente al jefe y los defensores.¹⁴

En 1990, por Acuerdo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se creó la Dirección General de Defensoría de Oficio Federal que procuró proporcionar mejores condiciones laborales a los defensores. Posteriormente, derivado de la reforma judicial de 1994, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 1995 contempló como órgano auxiliar a la Unidad de Defensoría del Fueno Federal.

Finalmente, en 1998 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Defensoría Pública en la cual se apreció un cambio sustancial en relación con la cobertura de atención y la libertad de actuación jurídica. Con dicha ley se buscó garantizar un derecho a la defensa en materia penal a través de defensores públicos y el acceso a la justicia en diversas materias, mediante la orientación y representación jurídica de asesores profesionales.

II. Marco jurídico del Instituto Federal de Defensoría Pública

En este apartado se abordará la regulación que existe del Instituto Federal de Defensoría Pública, principalmente por lo que hace a las funciones que tiene este órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, a fin de comprender cuál es el papel que desempeña en lo que respecta a garantizar, por parte del Estado, el derecho a una adecuada defensa y el de acceso a la justicia.

A. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El Instituto Federal de Defensoría Pública fue creado con el objeto de contar con un órgano que permitiera al Estado garantizar a toda persona contar con mecanismos para el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia, así como para proteger su derecho a una defensa adecuada. Desde luego, este último se configuró como el corazón del origen de este Instituto ante la necesidad de proporcionar a aquellas personas sujetas a un proceso penal y/o privadas de su libertad la posibilidad de

¹⁴ *Ibidem.*, p. 28.

brindar apoyo jurídico a quien no contaba con los recursos económicos para contar con los servicios de un Licenciado en Derecho considerando que en este tipo de procesos se encuentra en juego la libertad personal de una persona.

En ese sentido el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debemos destacar el párrafo segundo que a la letra dice: "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales."

Asimismo, el párrafo octavo del artículo 17 constitucional, a la letra dice: "La Federación y las entidades federativas garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público."

De dicha porción se desprende que es obligación del Estado proporcionar un servicio de defensoría pública para toda la población conforme a un servicio civil de carrera, el cual se encuentra regulado en la Ley Federal de Defensoría Pública y en las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, como brevemente veremos más adelante.

Por otra parte, el artículo 20 constitucional se refiere específicamente a quienes se encuentran sujetos a un proceso penal. En ese sentido el apartado B, fracciones II, VI, VIII y IX se refieren, entre otras cosas, a los derechos de las personas imputadas para contar con una defensa adecuada.¹⁵ De dichas fracciones cabe

¹⁵ II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;

VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso. El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírselas declaración o entrevistarla. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y

IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo. La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motive el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio

destacar lo dispuesto en la fracción VIII en la que expresamente se reconoce como derecho de la persona imputada el de contar con la defensa de un abogado que puede elegir libremente, pero en caso de que no quiera o pueda hacerlo, el juez que corresponda está obligado a designarle a un defensor de oficio, incluso esto debe ocurrir desde el momento de su detención, quien deberá comparecer en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

B. Código Nacional de Procedimientos Penales

El artículo 113 fracción IV de este Código señala como derecho del imputado a estar asistido de su Defensor al momento de rendir su declaración, así como en cualquier otra actuación y a entrevistarse en privado previamente con él. Este mismo numeral, pero en su fracción XI, reconoce el derecho del imputado a tener una defensa adecuada por parte de un licenciado en derecho o abogado titulado, con cédula profesional, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención y, a falta de éste, por el Defensor público que le corresponda, así como a reunirse o entrevistarse con él en estricta confidencialidad.

C. Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación

El artículo 93 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece que el Instituto Federal de Defensoría Pública es un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, además de indicar los requisitos que deben cubrirse para ser nombrado Director General de dicho Instituto.

Como se señaló en el apartado I, el Instituto Federal de Defensoría Pública fue creado en el año de 1998 sustituyendo a la entonces Unidad de Defensoría del Fuenro Federal, razón por la cual la regulación de dicha Unidad fue suprimida de la Ley Orgánica en comento y ahora la legislación vigente es la Ley Federal de Defensoría Pública.

D. Ley Federal de Defensoría Pública

El artículo 1 de la Ley Federal de Defensoría Pública dispone que su objeto es regular la prestación del servicio de defensoría pública en asuntos del fuero federal, a fin de garantizar el derecho a la defensa en materia penal y laboral y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en los términos que la misma establece.

Esto implica una ampliación al campo de acción del citado Instituto, el cual originalmente se pensó para atender las necesidades de representación en materia

del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

penal, pero, de acuerdo con esta Ley también se brinda en materia laboral. Aquí es posible resaltar la función social del Instituto Federal de Defensoría Pública porque su objeto es brindar los servicios orientación, asesoría y representación jurídica a grupos vulnerables, los cuales veremos en las líneas siguientes.

Hay que apuntar que actualmente, dicho Instituto no solamente brinda los servicios de defensa penal y asesoría jurídica en materias penal y laboral, sino que también lo hace en materias administrativa y civil, situación que se encuentra regulada en las *Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública*, atendiendo independencia técnica y operativa que le otorga el artículo 3.

Asimismo, el numeral 2 de la Ley en comento señala que el servicio de defensoría pública será gratuito y se prestará bajo los principios de probidad, honradez y profesionalismo y de manera obligatoria, en los términos de esta Ley. Como ya adelantaba, los mencionados servicios se brindan a través de Defensores públicos tratándose de asuntos del orden penal federal y del Sistema de Justicia Penal Integral para Adolescentes, desde la averiguación previa o investigación hasta la ejecución de las penas, medidas u otra consecuencia, hasta la extinción de éstas; así como por Asesores jurídicos, en asuntos de orden no penal, salvo los expresamente otorgados por la Ley a otras instituciones.

El artículo 5 de esta Ley enumera los requisitos para ser nombrado Defensor Público o Asesor Jurídico, mientras que los diversos 6 y 7 establecen las obligaciones y prohibiciones de estas dos figuras. Los numerales 8 y 9, marcan las bases para el denominado servicio civil de carrera y la calidad que ostentan como servidores públicos de confianza.

El artículo 10 ordena al Instituto Federal de Defensoría Pública que asigne defensores públicos y defensores públicos para adolescentes sin más requisitos que la solicitud formulada por el destinatario de los servicios, o por el Ministerio Público o el Órgano jurisdiccional, según sea el caso. Las funciones que deben desempeñar los Defensores Públicos en materia penal y para adolescentes se encuentran contempladas en los artículos 11, 12, 12 bis y 13 de la Ley que se analiza.

En relación con los Asesores Jurídicos, el artículo 14 de esta Ley indica que los beneficiarios del servicio deberán llenar solicitud en los formatos que para tal efecto elabore el Instituto Federal de Defensoría Pública, y se deberán cumplir con los requisitos previstos en las bases generales de organización y funcionamiento, entre lo que se encuentra la elaboración de un estudio social y económico. Se permite que los beneficiarios elijan al Asesor Jurídico que sea de su preferencia para generar mayor confianza en la prestación del servicio.

Destaco el contenido del numeral 15, en el que se enlistan a quienes pueden solicitar el servicio de asesoría jurídica del Instituto Federal de Defensoría Pública,

de cuyos supuestos podemos advertir la protección a grupos vulnerables, como se aprecia a continuación:

- I. *Las personas que estén desempleadas y no perciban ingresos;*
- II. *Los trabajadores jubilados o pensionados, así como sus cónyuges;*
- III. *Los trabajadores eventuales o subempleados;*
- IV. *Los que reciban, bajo cualquier concepto, ingresos mensuales inferiores a los previstos en las bases generales de organización y funcionamiento;*
- V. *Los indígenas;*
- VI. *Las personas que por cualquier razón social o económica tengan la necesidad de estos servicios, y*
- VII. *Las personas que dispongan los Tribunales federales en materia laboral, en términos de la normatividad aplicable.*

Respecto a las personas indígenas, el artículo 20 bis dice que con la finalidad de garantizar el derecho a la defensa en materia penal y a la asesoría jurídica a favor de las personas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas a través del acceso a la jurisdicción en la lengua indígena nacional en que sean hablantes, se faculta al Instituto Federal de Defensoría Pública para coordinarse con traductores e intérpretes que tengan conocimiento de la lengua y cultura a la que aquéllos pertenezcan, así como celebrar convenios de colaboración con las instituciones que puedan coadyuvar a la obtención de esos fines y promover la formación tanto de defensores públicos como de asesores jurídicos bilingües indígenas.

El artículo 23 de esta Ley, señala que el Instituto Federal de Defensoría Pública contará con una Junta Directiva, un Director General y las unidades administrativas y personal técnico que para el adecuado desempeño de sus funciones se determinen en el presupuesto. Asimismo, el diverso 24 establece la obligación de este Instituto de designar por cada Unidad Investigadora del Ministerio Público de la Federación, Tribunal de Circuito y por cada Juzgado Federal que conozca de materia penal, cuando menos a un defensor público y al personal de auxilio necesario, que por lo regular son Oficiales Administrativos.

La Ley que se analiza contiene en su artículo 37 causales de responsabilidad administrativa de los servidores públicos del Instituto Federal de Defensoría Pública, adicionales a las que se señalen en otros cuerpos legales como la Ley General de Responsabilidades Administrativas, reglamentos o acuerdos generales expedidos por el Consejo de la Judicatura Federal, o de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, entre las cuales se pueden mencionar:¹⁶

- Descuidar y abandonar injustificadamente el desempeño de las funciones o labores que deban realizar en virtud de su encargo;
- No preservar la dignidad, imparcialidad, ética y profesionalismo propios del ejercicio de sus atribuciones;

¹⁶ Artículo 37, fracciones II, IV, VI, VII y VIII de la Ley Federal de Defensoría Pública.

- Negarse injustificadamente a patrocinar la defensa de los indiciados que, no teniendo defensor particular ni los recursos económicos suficientes para cubrir los honorarios de alguno, sean designados por éstos, el Ministerio Público de la Federación o por el órgano jurisdiccional correspondiente;
- Dejar de interponer en tiempo y forma los recursos legales que procedan, desatender su trámite, desistirse de ellos o abandonarlos en perjuicio de su defendido o asistido, y
- Aceptar dádivas o cualquier remuneración por los servicios que prestan a sus defendidos o asistidos, o solicitar a éstos o a las personas que por ellos se interesan, dinero o cualquier otra retribución para cumplir con las funciones que gratuitamente deban ejercer.

Finalmente, el artículo 38 también considera como causas de responsabilidad administrativa aquellas conductas cometidas por cualquier servidor público de los sistemas de procuración y administración de justicia federales que atenten contra la autonomía e independencia de los defensores públicos o asesores jurídicos o cualquier otra acción que genere o implique subordinación indebida de estos servidores públicos respecto de alguna persona o autoridad.

E. Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reglamenta la organización y funcionamiento del propio Consejo

El artículo 104, fracción III de este Acuerdo General, en concordancia con el similar 93 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, contempla al Instituto Federal de Defensoría Pública como un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal.

Los órganos auxiliares del Consejo de la Judicatura Federal fueron creados a fin de propiciar una organización administrativa que permita el tratamiento especializado y eficaz de los asuntos de su competencia, según lo dispone el artículo 99 del citado Acuerdo General.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 110 de este Acuerdo, el marco jurídico que rige para el Instituto Federal de Defensoría Pública es la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley Federal de Defensoría Pública y a sus Bases Generales de Organización y Funcionamiento.

De igual manera, el artículo 113 faculta al Director General de ese Instituto para suscribir, en representación del Consejo, convenios de coordinación y colaboración con los distintos sectores sociales, organismos públicos y privados y, en general, con todos aquellos que puedan ayudar a la consecución de los fines propios del órgano auxiliar.

F. Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública

Las Bases que se encuentran vigentes fueron aprobadas por la Junta Directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública en sesión ordinaria el día 27 de septiembre de 2021 y publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 04 de noviembre de ese mismo año. El 09 de diciembre de 2022 se publicaron algunas modificaciones a estas Bases en el mismo medio oficial de comunicación.

El objeto de las Bases es normar la organización y el funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, así como los servicios de defensoría pública que tiene a su cargo de conformidad al artículo 1 de la Ley Federal de Defensoría Pública.¹⁷

En la estructura del Instituto Federal de Defensoría Pública se encuentra la Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos, la cual tiene la función de detectar los casos relevantes o litigios estratégicos que ameriten su atracción para ser directamente representados por esa Unidad. Dichos litigios pueden consistir en la denuncia de contradicciones de tesis, amparos directos en revisión y los demás que sean necesarios para obtener un criterio relevante o un pronunciamiento sobre constitucionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹⁸

También puede señalarse a la Unidad de Supervisión y Evaluación cuyos objetivos son operar la supervisión y la evaluación del servicio, con el fin de verificar el cumplimiento de las normas que rigen la función sustantiva del personal que realiza funciones de defensa penal y asesoría jurídica, permitiendo conocer, en su caso, las condiciones de su desempeño así como regular con aprobación de la Dirección General, la adscripción, permanencia, prestaciones, estímulos y sanciones correspondientes. Además, detectar las competencias y habilidades entre el personal jurídico y administrativo, así como instrumentar un adecuado procedimiento para el mejoramiento continuo de ambiente laboral entre las áreas del Instituto.¹⁹

Las Unidades de Defensa Penal y de Asesoría Jurídica, a mi consideración, son las áreas de mayor relevancia en las funciones que desempeña el Instituto Federal de Defensoría Pública. La primera tiene como objetivos lograr el desempeño óptimo de la función de defensa penal, así como coordinar las labores de las Delegaciones y Direcciones que directamente prestan el servicio en todas las entidades federativas.²⁰ En ella se coordinan las delegaciones, así como a la Dirección de

¹⁷ Artículo 1 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

¹⁸ Artículo 7 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

¹⁹ Artículo 11 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

²⁰ Artículo 13 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

Prestación del Servicio de Defensa Penal, la Dirección de Ejecución de Sentencias y la Dirección de Coordinación con Delegaciones; se supervisa el desempeño y trabajo de las o los delegados; dirige, organiza, controla y coordina el servicio de defensa penal; recaba la información procesal de los asuntos a cargo del personal de defensa penal; verifica con la autoridad correspondiente, la asistencia a la solicitud de comparecencia del personal de defensa penal o sus suplentes, designadas o designados por el Instituto; designa defensora o defensor público sustituto o suplente en los casos de impedimento o faltas temporales, respectivamente, ante la ausencia de la o el titular de la Delegación o de la Dirección de Prestación del Servicio de Defensa Penal, según su adscripción; apoya las peticiones que formule el personal de defensa penal, la persona sentenciada o sus familiares, para la obtención de los beneficios que prevén las leyes, constituyendo un enlace institucional con las autoridades competentes que permita participar en los procedimientos de ejecución de sentencias al personal del Instituto; atiende las solicitudes de información planteadas por otras instituciones públicas, respecto del estado procesal de asuntos en materia penal en los que interviene el Instituto, siempre y cuando, dichas autoridades funden y motiven las mismas con base en sus atribuciones legales; dirige, organiza, controlar y coordinar los servicios de defensa penal, dentro del procedimiento penal, juicios de amparo y ejecución de sentencias; la o el Titular de la Unidad y el personal adscrito a la misma, podrán realizar funciones de defensa penal en los casos que determine la Dirección General de acuerdo a las necesidades del servicio; resuelve las consultas formuladas por el personal adscrito a la Unidad sobre las cuestiones sustantivas y procesales, que se planteen sobre el servicio de defensa penal; determina los criterios de designación de las cargas de trabajo de cada defensora o defensor público, que deberán observar las y los delegados para equilibrarlas, y las demás funciones que determine la Dirección General y la normativa aplicable.²¹

Cabe destacar que existen Delegaciones que están establecidas conforme a las necesidades del servicio en cada uno de los Estados de la República, identificándose con la denominación de la entidad federativa en que tienen sede y están adscritas orgánicamente a la Unidad de Defensa Penal. Respecto a la Ciudad de México, se tiene a la Dirección de Prestación del Servicio de Defensa Penal también adscrita orgánicamente a la Unidad de Defensa Penal.²²

La Unidad de Asesoría Jurídica tiene como objetivos lograr el desempeño óptimo de las funciones de asesoría jurídica, incluyendo la especializada en materia de igualdad de género, de atención a grupos en situación de vulnerabilidad y en materia laboral, así como generar y promover estrategias de colaboración con

²¹ Artículo 14 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

²² Artículo 17 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

entidades públicas nacionales e internacionales y organizaciones de la sociedad civil, para fortalecer el trabajo institucional en seguimiento a los compromisos nacionales e internacionales en materia de derechos humanos de los mencionados grupos.²³

El artículo 29 de estas Bases establece que las y los defensores estarán disponibles para atender las solicitudes del servicio, para lo cual deben proporcionar al Ministerio Público de la Federación, o a la o el titular del órgano jurisdiccional y a sus superiores jerárquicos los datos que permitan su pronta localización, en cualquier día y hora, a través de cualquier medio de comunicación.

La defensa en materia penal y la asesoría jurídica en otras materias, son incompatibles con el patrocinio particular, salvo disposición expresa en contrario de la ley.²⁴ Las y los usuarios podrán solicitar a la Dirección General, en cualquier etapa del proceso, el cambio de la persona encargada de la defensa penal o asesoría jurídica hasta en dos ocasiones. La solicitud deberá incluir lo que la o el solicitante considere necesario a fin de demostrar de manera justificada y fehaciente, la necesidad de su cambio. La Dirección General tomará en consideración las manifestaciones de la persona usuaria para aprobar o no dicha solicitud.²⁵

El Instituto cuenta con un área de ciencias forenses en la que se dispone de peritos de diversas materias que pueden solicitarse por parte de los defensores públicos y asesores jurídicos en aquellos casos en los que la defensa así lo requiera.

Otro de los servicios que ha incorporado el Instituto es el de DEFENSATEL, que es un servicio de atención telefónica en el cual el personal de asesoría, defensa y demás con licenciatura en derecho del Instituto debe brindar la orientación y asesoría a usuarios.

Un tercer servicio que proporciona el Instituto es el de primer contacto en el que licenciadas y licenciados en derecho del Instituto, en un máximo de 15 minutos, atienden a aquellas personas que acuden por primera vez al Instituto y consiste en valorar si el asunto planteado constituye un problema jurídico que requiera la intervención de una o un abogado y si el mismo es competencia de este órgano auxiliar.²⁶ Se puede otorgar este servicio también a personas repatriadas.

Por lo que hace al servicio de defensa penal, se presta en asuntos del orden federal, en todas las etapas del procedimiento penal hasta la ejecución de senten-

²³ Artículo 15 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

²⁴ Artículo 32 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

²⁵ Artículo 33 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

²⁶ Artículo 41 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

cias. Las y los titulares de las delegaciones y de las direcciones de la Unidad de Defensa Penal, deberán procurar que sea la misma persona quien lleve la representación en todas las etapas, excepto en la de ejecución penal.²⁷

En todo caso, el personal del Instituto tiene la obligación de prestar sus servicios con especial consideración de la perspectiva de género, interculturalidad e interseccionalidad. En el caso de las y los defensores y asesores deberán señalar siempre en sus promociones el contexto socioeconómico y cultural de las personas que representen.²⁸

Las y los defensores públicos deben mantener permanentemente informados a las personas representadas acerca de su caso por todos los medios a su alcance, para permitirles una efectiva participación en el proceso. Garantizarán que las personas defendidas reciban una visita carcelaria por lo menos una vez al mes.²⁹

En cuanto a la ejecución de penas, las y los defensores públicos deberán practicar visitas carcelarias y realizar los trámites que correspondan para obtener los beneficios solicitados por las y los internos sentenciados por delitos federales. Cuando la persona sentenciada se encuentre cumpliendo pena privativa de libertad en razón de una sentencia condenatoria, la defensa deberá velar por su integridad física, psicológica y por su libertad, agotando todas las instancias posibles a fin de darle acceso a los beneficios preliberacionales y a las sanciones no privativas de la libertad bajo los supuestos que establece la Ley Nacional de Ejecución Penal.³⁰

Hablando de los defensores del sistema penal acusatorio, las Bases establecen que llevarán la defensa en la etapa de investigación o audiencia iniciales, investigación complementaria, etapa intermedia, etapa de juicio, procedimientos especiales, trámite de recursos, trámite de reconocimiento de inocencia o ejecución procedimiento penal hasta la ejecución de sentencias, de conformidad con las necesidades del servicio, especialización práctica y determinaciones de la Dirección General. Además de intervenir, con el consentimiento de la o el defendido, en la implementación de los Mecanismos Alternos de Solución de Controversias y justicia restaurativa.³¹ Asimismo, por lo que hace a la defensa de los adolescentes, deberán intervenir en cada una de las etapas del procedimiento, desde su detención hasta el fin de la ejecución.³²

²⁷ Artículo 44 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

²⁸ Artículo 37 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

²⁹ Artículo 47, párrafo segundo de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

³⁰ *Ibidem*, párrafo tercero.

³¹ Artículo 118 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

³² Artículo 119 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

Respecto a la asesoría jurídica, las Bases prevén que puede otorgarse en materias administrativa, civil, mercantil, fiscal y laboral, cuyo servicio debe ser acucioso en el análisis de los expedientes judiciales en los que intervenga y en las promociones que elabore, debiendo ser éstas fundadas y motivadas, así como enriquecidas con la invocación de precedentes, tesis de jurisprudencia y doctrina.³³ Este servicio comprende las modalidades de orientación, asesoría y representación.

El servicio de asesoría jurídica puede ser solicitado por cualquier persona de manera directa, o a través de una tercera, cuando se acredite que la interesada se encuentra imposibilitada para hacerlo personalmente.³⁴ Se considera preferencial la prestación de este servicio para personas en las condiciones siguientes:³⁵

- Que reciben, bajo cualquier concepto, ingresos brutos en un mes hasta por el monto equivalente a doce veces el salario mínimo general vigente en la Ciudad de México o su similar en unidades de medida y actualización, siempre a favor de la o el usuario.
- Con discapacidad; adicionalmente la Dirección General del Instituto es quien determina qué personas físicas o morales tienen necesidad del servicio por razones sociales o económicas.

De conformidad con el artículo 58 de las Bases, se debe practicar un estudio socioeconómico el cual consiste una entrevista personal con la o el solicitante, la aplicación de un cuestionario y las investigaciones de campo necesarias que permitan determinar, con veracidad, si la persona se encuentra en los supuestos para otorgarle el servicio.

III. La función social del Instituto Federal de Defensoría Pública

A lo largo de este trabajo hemos señalado cuál fue el motivo que dio lugar al nacimiento del Instituto Federal de Defensoría Pública y, precisamente, se relaciona con la necesidad de brindar protección a aquellas personas que se encuentran sujetas a un proceso penal, lo cual posteriormente se fortaleció en una cobertura más amplia de sus servicios para lograr su intervención en materias civil, administrativa, fiscal y laboral mediante la asesoría jurídica.

Sin embargo, como señala Amador Rodríguez Lozano, debe reconocerse que en México la defensoría de oficio no era eficaz previo a la legislación vigente, en virtud de la poca ayuda que prestaba a los indiciados y procesados de escasos recursos resultando inservible a los propósitos que la motivaron, de equilibrar

³³ Artículo 49 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

³⁴ Artículo 56 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

³⁵ Artículo 57 de las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

la desigualdad que padecen las clases más humildes en un conflicto judicial. Esta problemática se debió principalmente por la presencia de diversos factores tales como corrupción, carencia de recursos materiales y humanos, deficiencias en la capacitación de los abogados que prestaban este servicio, sobresaturación de asuntos que debían atender, exiguos ingresos salariales, entre otros.³⁶

A todo ello, se sumaron los múltiples cambios en la realidad social que se vivían en las primeras dos décadas del siglo XX en México, así como las diversas reformas constitucionales realizadas al Poder Judicial de la Federación y los vetustos lineamientos y principios que definían a la legislación que regulaba a la defensoría pública.

Como mencionamos en su oportunidad, los defensores de oficio carecían de condiciones laborales aceptables, sus salarios eran muy bajos y la capacitación casi era nula; había una directa dependencia de los defensores con los titulares de los órganos jurisdiccionales y con la Suprema Corte de Justicia de la Nación que era la que los nombraba, situación que representó un conflicto de intereses y una limitación real de la institución.³⁷ Tales circunstancias dificultaron, en un principio, el cumplimiento de los fines de la defensoría pública de manera que el acceso a la justicia en términos de igualdad quedaba tan sólo como un ideal. Por tal razón, la expedición de la Ley Federal de Defensoría Pública en 1998 significó un gran avance en la protección al derecho de defensa para los más pobres, evitando que fueran objeto de abusos.

Previo a las reformas constitucionales del año 2008 con las que se incorporó al derecho mexicano el sistema acusatorio y adversarial en materia penal, dentro del conocido como *sistema tradicional* existían diversos problemas con la intervención de los defensores públicos. En ese tenor, Héctor Arturo Hermoso Larragoiti explica que dentro del sistema tradicional se consideraba una actuación muy limitada de dichos defensores, por lo que resultaba difícil hablar de una defensa efectiva en el servicio que prestaban en virtud de que se trataba más bien de un acompañamiento procesal al imputado dentro de un trámite burocrático, denominado proceso penal en el cual, al concluir, tendrá como resultado la imposición de una pena.³⁸

Consecuentemente, sigue diciendo Hermoso Larragoiti, la responsabilidad del defensor radica dentro del sistema tradicional en su conocimiento jurídico y sus habilidades personales para cuestionar la congruencia de la prueba de la acusadora o argumentar a favor de su defendido, siendo el indicador de su “buen desempeño” el número de sentencias absolutorias o sentencias con penas reducidas. En ese contexto, el papel del Instituto Federal de Defensoría Pública o el equivalente en

³⁶ Cfr. Rodríguez Lozano, A.: *op. cit.*, p. 240.

³⁷ *Ibídем.*, p. 241.

³⁸ Cfr. Hermoso Larragoiti, H. A.: “Los nuevos... *cit.*, p. 120.

el fuero común era controlar y supervisar el trabajo del defensor con base en sus resultados.³⁹

Por tanto, la defensoría pública experimentó un cambio fundamental a partir de las reformas constitucionales de 2008. Se dice que, con dichas reformas, se dio la evolución de la figura del *Defensor de Oficio* por la denominada *Defensor Público*, otorgándoles condiciones salariales distintas de conformidad con el último párrafo del numeral 17 constitucional.⁴⁰

Asimismo, se abandonó la posición pasiva de reacción por parte de los defensores públicos ante la actuación ministerial para adoptar una actividad proactiva de demostración de su teoría del caso, poniendo en evidencia que la dinámica del Defensor Público ha evolucionado diversificando sus actos de defensa, no solamente dentro del proceso penal mismo, sino también dentro de las negociaciones para las soluciones alternas o una vez que dicho proceso ha concluido con una sentencia condenatoria y se requiere la tramitación de beneficios preliberacionales, situación que actualmente aún tiene un largo camino por recorrer para su consolidación, pues es necesaria una mayor formación y capacitación para lograr que aquellos defensores que transitan de un sistema a otro tengan pleno dominio de esta nueva forma de asumir la defensa de una persona.

Por otro lado, se elevó a rango constitucional la facultad del juez para requerir la asistencia de un Defensor Público en caso de que la persona imputada no cuente con defensor o no desee nombrarlo una vez que haya sido requerido para hacerlo.

No menos importante resulta mencionar que la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, también impulsó cambios notables en el funcionamiento de la Defensoría Pública pues a partir de este momento todos los defensores quedaron obligados a actuar con base en el principio *pro persona*, el cual implica aplicar en favor de la persona la norma más favorable, circunstancia que se tradujo en la labor de invocar en cada caso el dispositivo legal que más le favoreciese al representado, abarcando ahora documentos nacionales e internacionales cuyo contenido fuera en materia de derechos humanos.⁴¹

De este modo, derivado de la obligación del Estado Mexicano a aplicar instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, ahora era ineludible acudir al contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 7 de Mayo de 1981 y el 20 de mayo de 1981 respectivamente, que en materia penal reconocen esencialmente que durante el proceso toda persona inculpada tendrá el derecho irrenunciable a que el Estado le proporcione un defensor para que lo asista a efecto de velar por

³⁹ *Ibidem.*, p. 121.

⁴⁰ Cfr. Aguilar Alcántara, G. E.: "Hacia una nueva... cit., p. 148.

⁴¹ *Ibidem.*, p. 150.

sus intereses y respetar en su favor el debido proceso. Además, se encuentra el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de la que nuestro país forma parte, el cual, entre otras cosas, establece el derecho de toda persona que sea detenida a que cuente con la asistencia de un abogado de su elección o se le designe uno por un juez.⁴²

En ese sentido, como se aprecia de lo expuesto, el Instituto Federal de Defensoría Pública ha asumido un rol mucho más fuerte en la prestación del servicio de defensa penal y de asesoría jurídica, especialmente a partir de las reformas constitucionales de 2008 y 2011 con las que el Estado Mexicano dio un giro a la regulación del derecho a la defensa que, como hemos sostenido, se encuentra estrechamente relacionado con el de acceso a la justicia.

¿Por qué puede hablarse de una función social del Instituto Federal de Defensoría Pública? Se trata de una institución que ha crecido en la medida en que se ha reconocido por el Estado Mexicano la obligación de brindar una mayor protección a los derechos humanos, en particular, del derecho a una defensa adecuada. Aunado a ello, se ha hecho énfasis en la necesidad de que el Estado implemente los medios para garantizar que las personas pertenecientes a grupos vulnerables tengan acceso a un abogado que les permita ejercer adecuadamente su derecho de defensa, especialmente en materia penal, aunque ahora la cobertura es mucho más amplia con los servicios de asesoría jurídica.

Sabemos que históricamente, las personas pertenecientes a grupos vulnerables como son los indígenas, adultos mayores, mujeres, migrantes, personas con discapacidad, LGBTTI⁴³, así como aquellos que se encuentran privados de la libertad, analfabetas o de escasa instrucción y de recursos económicos limitados han sufrido las consecuencias de la discriminación y de no tener a su alcance los medios necesarios para ejercer sus derechos. Es por tal motivo, que la actuación del Instituto Federal de Defensoría Pública cobra gran relevancia al convertirse en un ente que se encarga especialmente de la protección de los derechos humanos de las personas pertenecientes a grupos vulnerables, asegurando su defensa adecuada y un efectivo acceso a la justicia.

Esta política de atención especial a personas pertenecientes a grupos vulnerables se ha reforzado a partir de 2019 con la llegada a la presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien impulsó la atención prioritaria a esas personas. Esto se ve reflejado en las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública publicadas el 04 de noviembre de 2021 en el Diario Oficial de la Federación, como en su oportunidad se señaló.

⁴² *Ibidem.*, p. 151.

⁴³ Lésbico, gay, bisexual, transexual, transgénero, travesti e intersexual.

La labor del Instituto Federal de Defensoría Pública también se ha visto incrementada con el inicio de funciones de los Tribunales Laborales Federales de asuntos individuales y de asuntos colectivos, como consecuencia de la Reforma Laboral publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de mayo de 2019 y que entró en vigor al día siguiente, en virtud de que los asesores jurídicos pueden representar a los trabajadores que lo requieran, siempre y cuando cumplan con los requisitos que establecen las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.

IV. Conclusiones

El Instituto Federal de Defensoría Pública es un ente de gran relevancia dentro del Derecho Social, ya que su función es justamente brindar apoyo jurídico a personas que se encuentran en algún grupo vulnerable. La cobertura de sus servicios se ha ampliado para brindar una mayor protección a dichas personas, ya no solamente a aquellas que se encuentran sujetas a un proceso penal.

La evolución de este Instituto ha sido difícil y, por momentos, desafortunada porque por mucho tiempo se negó la importancia que tenía su intervención en los procesos judiciales, no se consideraba esencial garantizar los mecanismos de defensa de los derechos humanos para las personas, particularmente las que se encontraban en un proceso penal o ya privadas de la libertad, mucho menos a aquellas que por situación de vulnerabilidad no tenían acceso a un abogado que le proporcionara apoyo técnico-jurídico en materias como la civil, administrativa, laboral o fiscal.

Una materia que requeriría urgentemente de la intervención de los defensores de oficio es la familiar, pero al ser un campo cuya competencia corresponde únicamente a los juzgados del fuero común, el Instituto Federal de Defensoría Pública no puede intervenir en asuntos relacionados con esa materia. Esta delimitación es fundamental para entender cuál es el campo de acción del citado Instituto ya que, precisamente, en los primeros años de existencia de este había un desorden total respecto de los asuntos en los que podía participar; tal circunstancia significaba que los juzgadores en muchas ocasiones optaban por designar a defensores públicos aun cuando se tratara de casos del fuero común, lo que ha llevado a que, en la actualidad, el Instituto haga valer la limitación que la propia Ley Federal de Defensoría Pública establece en cuanto a que su ámbito de competencia se constriñe al fuero federal.

A pesar de que hoy en día podemos considerar que el Instituto Federal de Defensoría Pública cuenta con una infraestructura mucho más robusta, aún hace falta un largo camino por recorrer para su consolidación. Esto principalmente derivado de la relativamente reciente implementación del sistema acusatorio y adversarial en materia penal en el ámbito federal, pues a 6 años de su entrada en vigor se

observan todavía muchas deficiencias en su práctica. Lamentablemente a muchos defensores públicos les ha sido muy complicado desprenderse de los esquemas o modelos que se utilizaban en el sistema tradicional donde la actitud era mucho más pasiva que en el sistema acusatorio.

A esto se puede agregar el hecho de que las cargas de trabajo para los defensores públicos en el sistema acusatorio son considerables, lo cual significa un detrimento en la calidad del servicio que ofrecen porque, como sabemos, este sistema exige un excelente manejo de la argumentación oral, no solamente de la memorización, sino del estudio profundo del caso y de una participación más activa a través de las distintas etapas del proceso penal o de los medios alternos de solución de controversias. En consecuencia, si se observa una carga de trabajo creciente para los defensores públicos es más probable que se vea impedido a estudiar un caso con la profundidad necesaria.

Una de las maneras en que se podría ayudar a reducir los efectos de esta circunstancia es incrementar el número de defensores públicos adscritos a los Centros de Justicia Penal Federal de las distintas Entidades Federativas, así como fortalecer los programas de capacitación para otorgar más y mejores herramientas técnicas para el desempeño de su función. De alguna manera con la extinción paulatina de los juzgados de procesos penales federales se va acrecentando la cantidad de defensores públicos que se incorporan a este sistema, pero el problema radica en que son profesionistas con nula experiencia en este, a pesar de que hayan tenido una capacitación teórica en la materia.

Es por tal motivo que se insiste en la necesidad de redoblar esfuerzos para incrementar la plantilla de personal de defensores públicos ampliamente capacitados, aunque también para los asesores jurídicos, particularmente para aquellos que tendrán intervención en los procedimientos derivados de la reforma laboral. Es trascendental que se continúen implementando diversas estrategias a fin de que el Instituto Federal de Defensoría Pública funja como un auténtico defensor de las personas más vulnerables.

V. Bibliografía

- Aguilar Alcántara, Guillermo Evando: “Hacia una nueva defensoría pública”, en *Nova Iustitia Revista Digital de la Reforma Penal*. Año IV, número 15, mayo 2016, disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/nova-iustitia/article/view/36442/33363>.
- Castilla Juárez, Karlos Artemio: *Acceso efectivo a la justicia. Elementos y caracterización*. México. Porrúa. 2012.
- Esquinca Muñoa, César: *La defensoría pública federal*. México. Porrúa. 2003.

- Hermoso Larragoiti, Héctor Arturo: “Los nuevos estándares de exigencia para la defensoría pública en el sistema procesal acusatorio y oral”, en *Nova Iustitia Revista Digital de la Reforma Penal*. Año IV, número 16, agosto 2016, p. 120, disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/nova-iustitia/article/view/36453/33374>.
- Lara Ponte, Rodolfo H.: *La defensoría pública en México*. Disponible en https://www.ijf.cjf.gob.mx/sitio2016/include/sections/revista/4/r4_5.pdf.
- Rodríguez Lozano, Amador: “Por un acceso real a la justicia en México. El caso del Instituto de Defensoría Pública”, en *Cuestiones Constitucionales*. Núm. 2, enero-junio 2000, p. 239, disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5589/7262>.

Legislación y jurisprudencia

- Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reglamenta la organización y funcionamiento del propio Consejo.
- Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Federal de Defensoría Pública.
- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
- Tesis V.3o.P.A. J/1 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 54, mayo de 2018, t. III, p. 2171
- Tesis XIII.1o.P.T. J/9 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 64, marzo de 2019, t. III, p. 2523.

Representación especial

#ABORTO

Decidiste interrumpir tu embarazo y enfrentas un proceso penal.

Por tu profesión u oficio participaste en la interrupción de un embarazo.

Participas en una asociación civil que lucha por los derechos humanos de las mujeres.

#FEMINICIDIO

Cualquier persona familiar víctima de feminicidio o sobreviviente de este delito.

Colectivas, personas acompañantes de casos de feminicidios.





El derecho a la defensa inmerso en el debido proceso y la tutela judicial efectiva

*Daniel Augusto Ramírez Herrera**

RESUMEN: La preeminencia del humanismo, del Estado democrático, social de derecho y de justicia establecido desde el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999, reafirma la prioridad del derecho a la defensa, estima en sí misma la garantía del debido proceso como un derecho humano; así como la obtención de la tutela judicial efectiva dentro del proceso penal, por cuanto ambas garantías llevan de manera intrínseca la defensa y asistencia jurídica del justiciable, sin ánimos de catalogar el nivel de importancia que tienen unas frente a las otras, pues todas asumen un rol importante para la seguridad jurídica, fundamental y constitucional de los derechos de las y los ciudadanos. En este sentido, el derecho a la defensa constituye una necesidad vital en la búsqueda de la verdad procesal y un requisito esencial para alcanzar la justicia penal.

En el ejercicio del Poder Judicial, para brindar la debida administración de justicia y la garantía tutelar, debe inicialmente revestirse del debido proceso, pues a nuestro juicio, no hay tutela judicial efectiva sin debido proceso previo, y no es debido proceso si no hay garantía de la defensa de los derechos, ya que, para que toda persona tenga derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, y hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, amerita de los principios y garantías que dispone el debido proceso.

Por consiguiente, es un compromiso de los Estados entender que, el derecho a la defensa inmersa en la tutela judicial efectiva y el debido proceso, va más allá de todo cuestionamiento, pues toca muy profundamente la preeminencia de los Derechos Humanos, como una forma de cumplimiento de las obligaciones que coexisten en estos derechos.

SUMARIO: Resumen. I. El principio legal y fundamento constitucional del debido proceso y de la tutela judicial efectiva. II. La doctrina global y la jurisprudencia venezolana. III. Garantía procesal del derecho a la defensa. IV. Rol de la defensa pública en Venezuela. V. Actividades asumidas por las instituciones que integran el sistema de justicia venezolano. VI. Bibliografía.

* Defensor Público General de la República Bolivariana de Venezuela.

I. El principio legal y fundamento constitucional del debido proceso y de la tutela judicial efectiva

A. En la Carta Magna venezolana

En la República Bolivariana de Venezuela, el debido proceso tiene rango constitucional, consagrado en su artículo 49, el cual expresa que:

el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, enunciando seguidamente en su numeral 1, que, la defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Y que, además, toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa.

En este sentido, serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso, además, toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley; por ello, si damos lectura al resto de los numerales de este artículo, hallaremos realmente una exaltación al derecho a la defensa, nutrida de principios y garantías protectoras de la seguridad jurídica del justiciable. Igualmente, en la ley adjetiva penal venezolana, en su artículo 12, está previsto que: *la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.*

Desde la perspectiva constitucional y legal, el derecho a la defensa se perfila como requisito *sine quanon*, para perfeccionar el debido proceso, por lo tanto, cualquier vulneración que menoscabe el derecho a la defensa repercutirá en el debido proceso, en términos de un deterioro garantista que entraría en la esfera de las nulidades.

Ahora bien, en relación con la tutela judicial efectiva, se tiene la concepción inmediata de rango constitucional referida al derecho de acceso a la justicia. Así se desprende del artículo 26 de la Carta Magna venezolana, al garantizar que *toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente*. Por ello, se entiende que el respeto de las garantías de los derechos e intereses, también atienden al derecho a la defensa, pues, hacer valer amerita del derecho a la defensa y asistencia jurídica.

No podría ser de otra manera, por cuanto este mismo artículo reviste el derecho de acceso a la justicia de principios de gratuidad, accesibilidad, imparcialidad, idoneidad, transparencia, autonomía, independencia, responsabilidad, equidad y expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles. Abordaje desarrollado por el investigador, a la luz de Gadamer (2010), desde la herme-

nética jurídica como actividad interpretativa, como aproximación en el despliegue, la comprensión de la filosofía del derecho, vislumbrado en la relación: hombre-norma jurídica, como fenómeno dinámico, abierto, reflexivo que se abre a la novedad histórica, hacia la transformación de las instituciones como prácticas descolonizadoras de los pueblos en el derecho constitucional.

B. En la Declaración Universal de Derechos Humanos

En la concepción de la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹ se establece un sistema de derecho y garantías judiciales que resultan compatibles con la normativa venezolana; por ejemplo, el artículo 8 prevé que *toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que viole sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley*; en ese sentido el artículo 10 consagra que, *toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, o para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*.

En este contexto, se aprecia que la Declaración Universal de Derechos Humanos, garantiza el derecho a recurrir de una decisión y el derecho a ser oído públicamente y condiciones de plena igualdad; son derechos que se hayan concebidos en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En síntesis, la tutela judicial efectiva se trata de un derecho a ultranza, que se otorga a las partes para ser oídos por los órganos de administración de justicia, y que cualquier demanda o imputación penal, deba ser acogida por el juez; de ahí que es necesario que se cumplan los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, para el logro de la pretensión de acceso a la justicia; y como contrapeso, está vedado al juez sacrificar la justicia, quien imperativamente está obligado a garantizar una justicia expedita sin dilaciones indebidas y sin formalismo o reposiciones inútiles.

II. La doctrina global y la jurisprudencia venezolana

Trabajos literarios han catalogado a la tutela judicial efectiva, como:

(...) un derecho amplio, que garantiza el indiscutido carácter universal de la justicia y como institución jurídica constitucional engloba una serie de derechos, a saber: el acceso a los órganos de administración de justicia; una decisión ajustada a derecho; el derecho a recurrir de la decisión; el derecho a ejecutar la decisión y el derecho al debido proceso; por tanto, al verse vulnerados uno de estos derechos se afecta insoslayablemente la tutela judicial efectiva

¹ Resolución 217A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948.

contemplada en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.²

De igual modo, el Tribunal Supremo de Justicia venezolano, en jurisprudencia ha determinado que:

(...) El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oídos por los órganos de Administración de Justicia establecidos por el Estado; es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de ahí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (art. 257). En un Estado social de derecho y de justicia (art. 2 de la vigente constitución) donde se garantiza una justicia expedita sin dilaciones indebidas y sin formalismo o reposiciones inútiles (art. 26 eiusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que, si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el art. 26 constitucional instaura (...).³

Así mismo el alto tribunal venezolano, señala que:

La Constitución de la República en su artículo 26 consagra la garantía jurisdiccional, también llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido como aquel, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca una mínima garantía (...). Es, pues, la garantía jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano (...) para conseguir una decisión dictada conforme el derecho.⁴

Se colige de las sentencias parcialmente trascritas, la precisión que el justiciable acceda efectivamente a los órganos de administración de justicia, con la garantía de un proceso judicial ajustado al debido proceso, con resultado de una sentencia en tiempo oportuno y, sobre todo, ajustada a derecho, que sea efectiva y ejecutable.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra en su artículo 26, como ya se comentó, la tutela judicial efectiva, el cual se verifica en el

² Perozo, J. y Montaner J.: *Tutela judicial...* cit., p. 72.

³ Sentencia de fecha 10 de mayo de 2001, N° 708, expediente N° 00-1683, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

⁴ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 27 de abril de 2001, N° 576, expediente N° 00-2794.

proceso judicial una vez que se hayan respetado todos y cada uno de los derechos del justiciable inmersos en el debido proceso, toda vez que:

(...) la afirmación de la efectividad de la protección jurisdiccional sólo se puede concretar después del desarrollo de un proceso adecuado, cuyo acto esencial y final pueda producir el vencedor en juicio, eficaces resultados, en el sentido de que como señala la doctrina, la tutela judicial no será efectiva si el órgano jurisdiccional no reúne ciertas condiciones y antes de dictar una sentencia, sigue un proceso investido de los derechos que hagan posible la defensa de las partes. De ahí que la tutela judicial efectiva presupone un debido proceso, pero sin negar con ello que ambas se hayan íntimamente relacionadas entre sí, formando parte de un todo.⁵

Para los autores Bello y Jiménez, puede apreciarse que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, considera la tutela judicial efectiva como un derecho bastante amplio que involucra no sólo el acceso a la justicia y a obtener una decisión razonada y justa, sino que también incluye las garantías constitucionales procesales que se encuentran en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Los referidos autores denotan que la jurisprudencia constitucional venezolana enlaza a la tutela judicial efectiva y las garantías contenidas en el debido proceso, cuando hacen referencia al artículo 49 constitucional, y ciertamente es así, pues de párrafos anteriores se ha hecho la mención de la intrínseca relación del debido proceso y la tutela judicial efectiva, que, además, en ambas es fundamental el derecho a la defensa y la asistencia jurídica.

Por su parte, Molina R., considera que la tutela judicial efectiva es una garantía constitucional procesal, que debe estar presente desde el momento en que se accede al aparato jurisdiccional, hasta que se ejecuta de forma definitiva la sentencia dictada en el caso concreto; es decir, que una vez garantizado el acceso a la justicia, cada uno de los demás principios y garantías constitucionales que informan al proceso, tales como el debido proceso, la celeridad, la defensa y la gratuidad deben ser protegidos en el entendido de que el menoscabo de alguna de esas garantías, estaría al mismo tiempo vulnerando el principio a la tutela judicial efectiva.

Para Díaz V., la tutela judicial efectiva se materializa a través del proceso constituido por: el libre acceso de los ciudadanos de los órganos jurisdiccionales; la plena protección cautelar; la sustanciación de un proceso debido conforme a las garantías procesales fundamentales; la correcta aplicación del derecho al caso concreto; y, una efectiva ejecución de lo sentenciado.

Tomando en consideración los conceptos emitidos por tan reconocidos juristas, se identifican dos corrientes claramente diferenciadas, la primera que limita el

⁵ Perozo, J. y Montaner J.: *Tutela judicial...* cit., p. 72.

alcance de la tutela judicial efectiva a lo establecido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual engloba los siguientes derechos: el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia; el derecho a obtener una sentencia motivada, justa, correcta y congruente; el derecho a recurrir de la sentencia; y, el derecho a ejecutar las decisiones judiciales. Esta corriente no involucra los derechos o garantías constitucionales procesales establecidas en el artículo 49 de la Constitución, las cuales se refieren al debido proceso legal. Por otra parte, se tiene una segunda corriente que plantea que la tutela judicial efectiva está conformada por los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo cual convierte a la tutela judicial efectiva en un amplio derecho protector del ciudadano.

Desde el aspecto jurisprudencial venezolano, el derecho a la tutela judicial efectiva, comprende:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso.
2. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Al ser notificada de los cargos, ya se hace acreedora del acceso al derecho mencionado en el numeral anterior, derecho a la defensa y asistencia jurídica, en cuyo caso el ejercicio de la defensa será en principio con apoyo del profesional de la abogacía. Igualmente, sigue el numeral previendo la garantía de que, *toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley*. El derecho a recurrir conlleva el principio de la doble instancia, cuya garantía es indispensable en el Estado de Derecho, importante en todas las ramas, pero especialmente en materia penal, momento procesal en el que seguirá presente el derecho a la defensa y asistencia jurídica, ya que los recursos y acciones jurídicas ameritan de técnicas profesionales en materia de medios de impugnación, y es precisamente el profesional de la abogacía, quien asistirá y asesorará al justiciable en cuanto a las excepciones establecidas por la constitución y la ley.
3. El derecho a ser oídos por los órganos de Administración de Justicia establecidos por el Estado.

El numeral 3 constitucional prevé que: *toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías*; la garantía de ser oída es el derecho a voz, a expresarse y manifestar su pensamiento y narrativa de los hechos según la óptica del justiciable, pero en todo momento debe estar asistido de abogado, de ahí la frase *con las debidas garantías*, que, entre todas, está el derecho a la defensa y la asistencia jurídica.

4. El derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido. El numeral 4 constitucional consagra que: *toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley.* Esta garantía dispone el principio de juez natural, y recalca, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley; y como se ha dicho, persiste el derecho a la defensa y asistencia jurídica en todo estado y grado del proceso, de acuerdo con lo consagrado en la Carta Magna y la norma adjetiva penal venezolana, ya expresado en párrafos anteriores.
5. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia.
6. Se garantiza una justicia expedita sin dilaciones indebidas y sin formalismo o reposiciones inútiles.

Se desprende del artículo 49 constitucional venezolano, la vinculación con el derecho a la defensa y la asistencia jurídica por un profesional de la abogacía, contenido en el numeral 1 *ejusdem*. Es concluyente, además de taxativo que el debido proceso contiene el derecho a la defensa y la asistencia jurídica como garantía fundamental protegida y consagrada, tanto en el rango legal como en el constitucional.

Visto de esta forma, la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que, si bien el proceso es una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías⁶ de la tutela judicial efectiva, es decir, que se aplique la justicia en tiempo oportuno revestida de todas las garantías para las partes.

De acuerdo con lo anterior, el derecho a la tutela judicial efectiva da a toda persona el derecho de acceder a los órganos de administración de justicia, para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca una mínima garantía para conseguir una decisión dictada conforme el derecho.

III. Garantía procesal del derecho a la defensa

En la República Bolivariana de Venezuela, la tutela judicial efectiva reviste las más elevadas garantías frente al poder punitivo del Estado, toda vez que se garantiza el ejercicio de acción penal frente a un hecho punible y, en contrapeso, se elevan las herramientas garantistas del derecho a la defensa y el debido proceso, de ahí que invoca a la protección fundamental en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la

⁶ Sentencia de fecha 13 de agosto de 2001, N° 0336, expediente N° 00-1537, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

República Bolivariana de Venezuela, lo cual convierte a la tutela judicial efectiva, en un amplio derecho protector del ciudadano, siendo así tanto en la teoría como en la práctica, toda vez que, los tribunales y puntualmente los competentes en materia penal, están compelidos al Control de la Constitucionalidad, por mandato expreso del artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal,⁷ al prever que *corresponde a los jueces y juezas velar por la incolumidad de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional.*

Así que, para el ejercicio pleno de la tutela judicial efectiva, contenida en el artículo 26 constitucional, es necesario que se cubran todas y cada una de las garantías consagradas en el artículo 49 *eiusdem*.

Ahora bien, en líneas precedentes se advirtió que el derecho a la defensa es prioritario para el perfeccionamiento del debido proceso y logro de la tutela judicial efectiva dentro del proceso penal, y de acuerdo con la Carta Magna venezolana, para todo proceso judicial y administrativo.

IV. Rol de la defensa pública en Venezuela

Desde una perspectiva particular, se considera que para la necesaria garantía del debido proceso se amerita la ineludible existencia del derecho a la defensa y asistencia jurídica debida, a su vez, brindada por un profesional de la abogacía. En este sentido, la defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso; ratificado en el artículo 12 de la norma adjetiva penal venezolana.

Por lo tanto, el derecho a la defensa es la principal garantía y el derecho más inmediato que debe tener el justiciable, ante cualquier conflicto con la ley, sea en un procedimiento judicial como administrativo; ya que desde el primer acto o contacto con ese conflicto, toda persona debe estar provista de asistencia jurídica, quien hará de interlocutor, defensor o representante judicial, frente a la ausencia de conocimientos profesionales que hagan valer su defensa técnica ante las imputaciones o acusaciones, accionando contra éstas las herramientas del Derecho para la mejor defensa y salvaguarda de sus intereses.

De lo anterior se extrae que esta situación guarda estrecha relación con la designación de un defensor público, en caso que el justiciable manifieste no tener defensor, tenga recursos económicos o no para proveerlo, pues el Estado venezolano, en la Ley Orgánica de la Defensa Pública venezolana,⁸ concretamente en su artículo 2, consagra la garantía del servicio de defensa pública, *en forma gratuita a las personas que lo requieran, sin distinción de clase socioeconómica.* Ello en concordancia

⁷ Código Orgánico Procesal Penal, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Extraordinario N° 6.644 del 17 de septiembre de 2022.

⁸ Ley Orgánica de la Defensa Pública, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 6.702, del 25 de mayo de 2022.

con lo dispuesto en el artículo 127 numeral 2 del Código Orgánico Procesal Penal venezolano, que prevé que el justiciable, debe ser *asistido o asistida, desde los actos iniciales de la investigación, por un defensor o defensora que designe él o ella, o sus parientes y, en su defecto, por un defensor público o defensora pública.*

En el caso de la Defensa Pública venezolana, es concebida como un órgano constitucional autónomo del sistema de justicia, que tiene como propósito fundamental garantizar la tutela efectiva del derecho a la defensa en las diversas áreas de su competencia. Además, presta el servicio de defensa, a través de la asesoría, asistencia jurídica y representación judicial totalmente gratuita y sin exclusión ni discriminación, como práctica humana, emancipatoria y descolonizadora, tal como se vislumbra en el proyecto de país planteado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. La institución en referencia, dispone de 65 sedes distribuidas en cada uno de los Estados territoriales, atiende más de 14 materias de competencia, que abarca las áreas: penal, protección de niños, niñas y adolescentes, agraria, civil, mercantil y tránsito, inquilinaria, indígena, laboral, entre otras; en las cuales, se ha prestado el servicio de defensa pública, de manera ininterrumpida. En el transcurso del año 2022, se ha registrado la atención de 288.436 usuarios, discriminados de acuerdo con la materia procesal, como se describe en la tabla Nº 1.

Tabla Nº 1: Atención a usuarios en el año 2022

COMPETENCIA LEGAL ASIGNADA	USUARIOS ATENDIDOS
PENAL ORDINARIO – PROCESO	118.634
PENAL – MUNICIPAL	12.303
VIOLENCIA DE GÉNERO	18.859
PENAL ORDINARIO – EJECUCIÓN	25.796
ESPECIAL POLICIAL	1.144
PENAL – ADOLESCENTES	19.037
TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA	105
PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	62.872
CIVIL Y ADMINISTRATIVA ESPECIAL INQUILINARIA	11.611
AGRARIA	9.900
CIVIL MERCANTIL Y TRANSITO	6.094
LABORAL	699
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	236
INDÍGENA	1.146
TOTAL	288.436

Fuente: Dirección Nacional de Actuación Procesal de la Defensa Pública (2022).

V. Actividades asumidas por las instituciones que integran el sistema de justicia venezolano

A partir del esfuerzo de los órganos que integran el sistema de justicia venezolano inherente a la garantía de una justicia expedita y sin dilaciones, se implementó en el año 2021, el denominado *Plan de Revolución Judicial*, que implicó un abordaje en todos los circuitos judiciales penales, paralelamente en los centros de reclusión, internados judiciales y centros de detención preventiva (recintos policiales), con el propósito de brindar atención jurídica y atender las causas seguidas a los privados de libertad con el fin de descongestionar dichos centros. Sumado a las políticas gubernamentales, se incorporó al Poder Legislativo, con lo cual se ha logrado la reforma parcial del Código Orgánico Procesal Penal; seguidamente, a inicios del año 2022 se publicó la reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y la Ley Orgánica de la Defensa Pública.

La idealidad de la justicia atiende a la tutela judicial efectiva, pero qué sucede si factores irrumpen negativamente en el cumplimiento oportuno de esa tutela judicial, en nuestra práctica la multiplicidad de actos jurisdiccionales, donde simultáneamente concurren factores como: fecha, lugar, idénticas partes en varios actos, entre otros, donde el Ministerio Público o un mismo defensor público, deben estar simultáneamente en dos audiencias o actos jurisdiccionales, ejemplo básico que desencadena dificultades para su realización, trayendo algunos retrasos en el inicio de las audiencias, extendiéndose el tiempo oportuno de las mismas. Por otro lado, la dificultad del traslado de los privados y privadas de la libertad; así como la entrega de notificaciones y citaciones de las partes y órganos de prueba que deben asistir a los actos, lo cual, contribuye a la suspensión o diferimientos que de una u otra manera atentan contra la celeridad procesal.

Ante ello, el Estado venezolano, a través del sistema de justicia, concretamente el Tribunal Supremo de Justicia, la Fiscalía del Ministerio Público, la Defensa Pública y el Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario, intervienen en la creación de un sistema donde cada organismo controle su asistencia en las audiencias jurisdiccionales y comunicándose entre sí, a través de sus bases de datos, impidiendo que los actos, se crucen coincidentemente entre sí, con los mismos intervenientes, en la misma fecha y hora.

De este modo, se ha propuesto desde el Tribunal Supremo de Justicia poner en funcionamiento la herramienta tecnológica basada en software libre, denominado Agenda Única; representado por un sistema que coadyuva en la labor jurisdiccional, permitiendo la fijación de los actos de manera organizada y sistematizada con el objetivo de evitar los diferimientos, garantizando el proceso en un plazo razonable y haciendo eficaz y eficiente la administración de la justicia penal y contribuyendo, principalmente, a la erradicación de los factores que atentan contra la celeridad procesal. Asimismo, permite instalar un control de las

notificaciones y la asistencia puntual de las partes a los actos, con lo cual se evita el fracaso de las audiencias, integrando corresponsablemente a los distintos intervenientes de los procesos penales (Fiscalía del Ministerio Público, Defensa Pública y Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario).

Este sistema denominado *Agenda Única*, cuyo proceso inicia cuando el tribunal escoge la fecha de la audiencia, de acuerdo con los lapsos de ley, y el sistema realiza un cruce de información con la base de datos del sistema del Ministerio Público y la Defensa Pública, arrojando la disponibilidad de ambos actores en la fecha solicitada, y de estar disponibles la asigna y bloquea la posibilidad de que otro tribunal escoja la fecha; una vez que el tribunal agenda la fecha, el Ministerio Público y la Defensa Pública, se entienden o dan por notificados al acto; y es cuando el Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario planifica o programa los traslados de las privadas y privados de libertad; teniendo a disposición suficiente antelación.

La *Agenda Única* consolida de manera positiva la gestión del sistema de justicia, que como se advirtió, reduce en gran escala la problemática de sincronización de la multiplicidad de actos frente a los mismos intervenientes, amén de la obtención de estadísticas generales y detalladas de las audiencias y sus resultados, estableciendo un control exhaustivo de la actuación de sus funcionarios y funcionarias actores intervenientes. Con las estadísticas de los resultados de las audiencias, se podrá visualizar con certeza la debilidad que dio lugar al diferimiento y buscar rápidas soluciones; limitaciones superadas en aras de proporcionar transparencia en el proceso; para ello, se dispone de publicación en pantallas o monitores, con fines de ofrecer exactitud, oportunidad y celeridad en la obtención de la información, respecto del estado de la causa, programación de las audiencias y sus resultados, evitando, además, a los gestores de la información.

Visto de este modo, mecanismos como el antes citado, fortalecen sin duda el sistema de justicia, para el abordaje de manera sistemática ante cualquier factor que irrumpa negativamente en el derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho a la defensa.

En sumo, la protección de los derechos inherentes a la persona, se reafirman en el derecho a la defensa y ésta siempre exigirá el vigor en la efectividad de la tutela judicial para la materialización de los presupuestos contenidos en un proceso probo, garantista, legalista y justo. En tal sentido, es concluyente que la tutela judicial efectiva recurre a la garantía del debido proceso y ésta, a su vez, entraña el derecho a la defensa y la asistencia jurídica convirtiéndose en el bastión fundamental para hacer valer los derechos e intereses, sean particulares o colectivos.

VI. Bibliografía

- Bello Tabares, Humberto E. y Jiménez R., Dorgi D.: *Tutela judicial efectiva y otras garantías constitucionales procesales*. Ediciones Paredes. Primera Edición. Caracas, Venezuela. 2004.
- Díaz, V.: “La garantía constitucional de la tutela judicial efectiva y las prerrogativas fiscales de índole procesal en el Contencioso Tributario Venezolano.” Ponencia presentada en la Séptimas Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario. Editorial de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT). Caracas. Noviembre. 2004.
- Gádamer, Hans-Georg: *Verdad y método*. Ediciones Sigueme. Salamanca, 2010.
- Molina Galicia, René: *Reflexiones sobre una visión constitucional del proceso, y sus tendencias jurisprudenciales: hacia un gobierno judicial*. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. 2002.
- Perozo, Javier y Montaner, Jessica: *Tutela judicial efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Instituto de Filosofía del Derecho “Dr. José M. Delgado Ocando” Avda. Guajira, Ciudad Universitaria “Dr. Antonio Borjas Romero”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela.

Legislación

- *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, publicada en Gaceta Oficial No. 36.860. Extraordinaria del 30 de diciembre de 1999, con enmienda No. 1 publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria del 19 de febrero de 2009.
- *Ley Orgánica de la Defensa Pública*, publicada en Gaceta Oficial No. 6.702 del 25 de mayo de 2022.

Síguenos en Redes Sociales



Defensoría Pública



@defensoriaifdp



@defensoria.ifdp



El control constitucional en materia de extradición; reflexiones en torno a la libertad procesal

Marco Tulio de Edgardo Rosas Herrera*

Desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes... la tortura, en las formas más crueles, ha sido abolida, al menos en el papel; pero el proceso mismo es una tortura...

Francesco Carnelutti

RESUMEN: El presente artículo, tiene como objeto estudiar aspectos de la extradición pasiva, es decir aquella donde México es el país requerido. Así el marco teórico del cual parte este estudio es el de una serie de derechos y libertades que se sitúan en el ámbito de los derechos humanos, entre los que destaca el derecho a la libertad procesal.

SUMARIO: Introducción. I. ¿Qué es la extradición? II. ¿Cuál es el fundamento nacional y convencional para la libertad procesal y el debido proceso en materia de extradición pasiva en México? III. ¿Cuáles son los derechos procesales que detenta el *extradendus* en el procedimiento de extradición? IV. Conclusión. V. Bibliografía.

Introducción

Ahora debido a que hay aspectos importantes que tratan en materia procesal, estos se analizarán desde la perspectiva del sistema adversarial, acusatorio y oral. En esta perspectiva, es importante poner de relieve que este modelo es más sensible a las exigencias de libertad del ciudadano.

Por lo que en las siguientes líneas nos proponemos efectuar una reflexión respecto si las garantías judiciales que le asisten a toda persona sujeta a un procedimiento son aplicables al extraditable o si el procedimiento de naturaleza administrativa -Mixta- limita los derechos del reclamado por no resultar aplicables las garantías que prevé la legislación procesal penal.

I. ¿Qué es la extradición?

Como ya se señaló el objeto de nuestro trabajo es reflexionar en torno al control constitucional en materia de extradición en clave de derechos humanos. Por lo que considero que es pertinente el presente cuestionamiento para iniciar este trabajo de investigación.

En México, como en otros países, el Poder Judicial ha adoptado la postura de que la extradición es un proceso administrativo, por lo que son inaplicables los

* Asesor Jurídico Federal Especializado en Personas con Discapacidad.

derechos propios del proceso penal. Así, se ignora el objetivo mismo de la extradición, que es someter a una persona a un proceso penal en el extranjero.

La extradición es un proceso jurídico mediante el cual, un Estado hace entrega de una persona que se ubica dentro de su territorio, que ha sido reclamada por otro Estado, debido a que se encuentra inculpado o procesado por la comisión de un delito en el Estado reclamante, con el objeto de que le sea imputada la responsabilidad penal correspondiente, sea enjuiciada y sancionada conforme a las leyes de la materia.

La doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que se trata de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, que inicia con la presentación de la petición formal de extradición por parte del Estado requirente, con los requisitos que establezca el tratado correspondiente y la propia ley de la materia, según sus artículos 19, 20 y 21. Pues es cuando se brinda al reclamado el derecho de audiencia ante un Juez de Distrito y que concluye con el dictado de la resolución de la Secretaría de Relaciones Exteriores que concede o rehúsa la extradición.

La fuente prevalente en materia de extradición viene constituida por la Constitución [artículos 1º, 15, 119, tercer párrafo, y 133] los tratados y en su defecto por la Ley de Extradición Internacional.

En la determinación del régimen jurídico de la extradición concurren normas supranacionales [tratados internacionales] tratados bilaterales suscritos entre México y otros países y normas de derecho interno.

Es así como las normas convencionales de derechos humanos deberán interpretarse, en un primer momento, conforme a lo establecido en el derecho mexicano y particularmente en la Constitución, buscando armonización con sus demás preceptos normativos.

En un segundo momento, sólo en el caso de que fuera necesario y no contrario a lo dispuesto en la Constitución, se podrá pasar a una segunda etapa en la que podría aplicarse las reglas de interpretación contenidas tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como las fijadas en la jurisprudencia internacional, principalmente, en la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y finalmente, el principio *pro persona*.

Al respecto, nuestro máximo tribunal ha expresado lo siguiente:

Si el derecho fundamental cuestionado se encuentra previsto tanto en la Constitución de la República como en los instrumentos de carácter internacional, a lo que se adiciona que los principios y lineamientos en los que se apoya ese derecho se retoman y regulan en idéntico ámbito material de protección a nivel interno, por ende, ello hace innecesario aplicar la norma de fuente internacional cuando la de origen interno es constitucionalmente suficiente para establecerlo.

cer un sentido protector del derecho fundamental respectivo.¹

Es importante señalar que el actual criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,² no divide en realidad, el proceso de extradición en etapas, pues inicia con la solicitud formal de extradición aceptada por la Secretaría de Relaciones Exteriores y concluye con la resolución de la misma instancia, que concede o niega la entrega. Solamente procede el amparo contra la resolución definitiva, frente a la cual deberán alegarse las violaciones a derechos humanos que se hayan presentado durante el procedimiento especial de extradición pasivo.

En México el sistema es mixto, ya que intervienen la Secretaría de Relaciones Exteriores, un juez de distrito, y al final el titular del Ejecutivo Federal es quien determina la entrega o no del sujeto requerido.

En términos generales el procedimiento de extradición pasivo se conforma por las etapas siguientes: La Secretaría de Relaciones Exteriores evalúa la solicitud de extradición, y si considera que hay elementos, transmite a la Fiscalía General de la República y esta, a su vez, a un juez federal.

En ese sentido, acorde con lo dispuesto por los artículos 17 a 30 de la Ley de Extradición Internacional, se obtiene que los jueces federales son los encargados de intervenir en el procedimiento de extradición de las personas reclamadas al gobierno mexicano, cuya participación se ciñe, fundamentalmente, a cumplir con el derecho de audiencia en favor del justiciable; intervención que finaliza al momento en que emite una opinión que a su juicio, justifique la procedencia o improcedencia de tal reclamo.

Finalmente, la Secretaría de Relaciones Exteriores en vista del expediente y de la opinión del juez, resolverá si se concede o rehúsa la extradición, lo que significa que, a pesar de la opinión del juez, la decisión final siempre recae en la mencionada Secretaría de Estado.

II. ¿Cuál es el fundamento nacional y convencional para la libertad procesal y el debido proceso en materia de extradición pasiva en México?

Los artículos 1º, 14, 16, 17 y 18 de la Constitución; artículo 5º, 7º, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, artículo 9º y 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Establecen el marco jurídico que regula la extradición y los derechos humanos y determinar la relación entre la extradición y los derechos humanos. En particular la libertad procesal y el debido proceso.

En este trabajo se hace una crítica a la postura tradicional que considera que el proceso de extradición es de naturaleza administrativa, por lo que no conlleva

¹ Tesis: I.3o.P. J/1, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XX, Tomo 2, mayo de 2013, p. 1221, registro digital: 2003548.

² Tesis: P. XXXVI/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, agosto de 2004, página 11, registro digital: 180883.

consecuencias penales, pues limita la posibilidad de incorporar diversas garantías de derecho procesal penal a las restricciones propias del proceso de extradición. En particular a la libertad procesal. La postura que sustenta esta propuesta es que la extradición es un proceso que tiene consecuencias punitivas, pero sin ser un proceso penal propiamente dicho.

El debido proceso es una institución jurídica que se integra de diversas garantías o derechos, tanto instrumentales como sustanciales, cuya satisfacción procura en mayor medida la tutela efectiva de los derechos y el acceso pleno de la justicia. En el caso del proceso de extradición ante el deficiente trabajo legislativo son los jueces independientes e imparciales comprometidos con el debido ejercicio de garantía del debido proceso quienes corresponden la tarea de asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional.

Además, esta postura, no parece atribuirse relevancia alguna a los derechos humanos, pues se hace suponer que en este proceso la persona reclamada no se ve afectada por el procedimiento de extradición.

Esta forma de considerar la extradición es la que genera posturas como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual establece que el procedimiento de extradición es de naturaleza administrativa, postura que por sí sola no niega la existencia de derechos al reclamado, pero rechaza la posibilidad de que sean aplicados los derechos propios del proceso penal; en concreto lo relativo al debido proceso.

Así, la base teórica para vincular la extradición con los derechos humanos tiene fundamento en dos argumentos distintos pero interrelacionados: el garantismo penal y el principio *pro persona*. Es importante resaltar que el Sistema Acusatorio Adversarial, está soportado en los derechos humanos, pues es un sistema garantista, en el que sobresale la protección de los derechos de las víctimas e imputados, buscando incorporar nuevas prácticas en la forma de procurar e impartir justicia.

En cuanto a la vinculación entre garantismo penal y extradición, se debe partir de la base de que la finalidad de la extradición es entregar a una persona al país que la requiere para que sea sujeto a un proceso o una sanción, ambos de naturaleza penal; en otras palabras, para que el Estado requirente ejerza su poder punitivo en esa persona. Por lo tanto, se vuelve una forma indirecta de ejercer dicho poder punitivo en la persona requerida. En consecuencia, considero que la extradición debería estar sujeta a los mismos límites que el garantismo ha establecido para el poder punitivo.

Así, la extradición está irremediablemente ligada con el poder punitivo, en consecuencia, todos los principios que limitan el poder estatal para extraditar son formas de coartar el poder punitivo y se encuadran dentro del ámbito del garantismo penal y del derecho penal mínimo.

En ese sentido, es importante tener presente la visión de garantismo penal de Luigi Ferrajoli:

Garantismo y derecho penal mínimo son, en efecto, sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la punividad –tanto en la previsión legal de los delitos como en la comprobación judicial- sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona.³

En cuanto a garantismo y derecho penal, Ferrajoli los denomina garantías sustantivas que incluyen los principios de taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Por lo tanto, los límites están enfocados al delito y al proceso que son las garantías procesales y orgánicas: contrariedad, paridad en la acusación y la defensa, estricta separación entre la acusación y el juez, presunción de inocencia, carga acusatoria de la prueba, oralidad y publicidad del proceso, independencia [interna y externa] de la judicatura y principio de juez natural.

Así pues, es la postura que tiene como primer argumento que, en la medida de lo posible acudirse a los principios penales sustantivos, en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza mixta de la extradición. Desde luego, tomar de manera prudente las técnicas garantistas del derecho penal, pues estos principios deben hacerse efectivos en el proceso de extradición como una extensión del poder punitivo estatal.

El segundo argumento que aquí se esgrime, para incorporar los derechos humanos al proceso de extradición, es la interpretación *pro persona*. El principio *pro persona* consiste en que cualquier disposición legal [incluyendo los tratados internacionales] debe interpretarse de tal manera que favorezca al individuo, en detrimento de las facultades estatales. Así, cualquier principio que restrinja la posibilidad estatal de extraditar debe interpretarse de forma amplia.

Este principio obliga a los Estados a establecer una gradual reducción de su poder [incluyendo el poder punitivo] en favor del individuo. Por lo que en la medida en que las interpretaciones legales favorecen a la persona, sus derechos son más amplios en detrimento de las facultades del Estado.

Con base en lo anterior, el principio *pro persona* tiene relevancia para la extradición en la medida en que los principios que rigen la extradición, y que deben cumplirse para que ésta no sea negada, deben interpretarse de forma favorable para la persona.

Así, principios como la doble criminalidad, especialidad, no extradición de nacionales, no extradición por delitos políticos, entre otros, deben restringir el poder punitivo del Estado, quien representa la afirmativa de la extradición.

Hasta aquí, podemos deducir que los principios del derecho penal garantista y los derechos del debido proceso son aplicables a la extradición.

³ Ferrajoli Luigi: *Democracia y garantismo*. España. Editorial Trotta. 2008. p. 193.

Los principios rectores de la extradición, en la medida en que restringen el actuar estatal en favor de la persona, deben interpretarse en función del principio *pro persona* y, en particular, en su expresión de maximización de derechos.

Ahora bien, esta concepción jurídica del proceso de extradición se ha visto enriquecida con las nuevas reflexiones que ha permitido el nuevo entorno que se caracteriza por el dialogo jurisprudencial entre las Cortes, lo que ha permitido el mejoramiento o desarrollo de diversas instituciones jurídicas, en todo esto ha sido crucial el derecho internacional de los derechos humanos y diversos organismos que han empujado fuerte este dialogo, como lo es, en nuestro caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ciertamente este dialogo jurisprudencial ha dado sus frutos en la implementación de figuras jurídicas tan importantes como el control de convencionalidad que ha impulsado decididamente, entre otros aspectos un mejor acceso a la justicia con sus respectivas garantías que refuerzen el debido proceso –lo creen donde no lo hay– pues esta institución es, sin duda, un pilar fundamental del Estado de Derecho.

Con base en lo anterior, se advierte que estamos en una época de dialogo jurisprudencial que se impone, en donde los tribunales nacionales no pueden dejar de tomar en consideración lo que interpretan los tribunales internacionales. A la vez, los tribunales internacionales no pueden dejar de tomar en cuenta lo que los tribunales nacionales han resuelto, todo a la luz del principio de progresividad y del principio *pro persona*, a efecto de garantizar una mayor y mejor eficacia de los derechos humanos tutelados por el ordenamiento jurídico; estamos en la implementación de un derecho común en materia de derechos humanos.

Al respecto, Eduardo Ferrer Mac-Gregor ha establecido:

En definitiva, la trascendencia de la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad” es de tal magnitud que probablemente en ella descasa el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico “dialogo jurisprudencial” –entre los jueces nacionales y los interamericanos- seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico ius constitutionale commune en las Américas.⁴

Ahora, el debido proceso atiende a un sin número de situaciones, una muy importante es la protección que otorga a los grupos vulnerables –personas privadas

⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. México. IIJ. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/14.pdf> [fecha de última consulta: 15 de mayo de 2022].

de la libertad— que, de manera natural se encuentran en desventaja respecto de la otra parte, por eso es donde realmente se pone a prueba el telos como finalidad garantizadora del derecho, ya que finalmente la mejor forma de tutelar las desigualdades es garantizando la primacía de la ley.

De ahí la importancia de los nuevos paradigmas jurídicos que permiten un avance en cuanto a las instituciones del debido proceso se refiere, ya que gracias a los nuevos postulados del derecho constitucional —*pro persona*— y del derecho internacional de los derechos humanos —Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos— hoy día tenemos que hablar del derecho humano del debido proceso con todos los alcances que esto asume, particularmente, los alcances y novedosos contenidos que concede la convencionalidad del derecho humano al debido proceso.

En este sentido el principio *pro persona* y el dialogo jurisprudencial permite la implementación de nuevos deberes a las autoridades públicas, hágase del Poder Judicial de la Federación, Fiscalía General de la Republica o Secretaría de Relaciones Exteriores, en el ámbito competencial que les toca resguardar en el goce total de las garantías del proceso que protegen los derechos humanos, lo que viene a ser parte de las obligaciones del Estado, de ahí que el entendimiento amplio del debido proceso implica reconocer que hoy este derecho humano no se sustenta ni principalmente ni exclusivamente en el principio de legalidad, sin perjuicio de seguir siendo este principio uno de los elementos torales para la garantía efectiva de los derechos.

En el procedimiento de extradición, encontramos que lo que es debido en el desarrollo de éste para la definición de derechos del extraditable no sólo está establecido en el tratado de extradición signado por el Estado mexicano [si lo hay] en la Ley de Extradición Internacional, sino también en la Constitución y en los diversos tratados internacionales, por lo que es válido predicar la existencia de un debido proceso legal, así como un debido proceso constitucional y otro convencional, los cuales son concurrentes en México y deben interpretarse de manera que, en todo caso, se favorezca de la mejor manera a las personas y sus derechos humanos.

En el ámbito jurisprudencial, el derecho humano a la libertad se reconoce y protege por nuestro máximo tribunal como un derecho humano de primer orden, con tutela convencional y constitucional.

De ahí la legítima expectativa de las personas de no verse afectadas sino por causas justificadas y bajo supuestos de excepcionalidad, reconocidos y limitados de forma taxativa por la Constitución y los tratados internacionales.

En relación con el derecho humano a libertad personal, la Primera Sala ha sustentado el siguiente criterio de rubro: *LIBERTAD PERSONAL. LA AFECTA-*

CIÓN A ESE DERECHO HUMANO ÚNICAMENTE PUEDE EFECTUARSE BAJO LAS DELIMITACIONES EXCEPCIONALES DEL MARCO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL.⁵

A manera de conclusión preliminar, considero que el procedimiento de extradición debe operar, en concordancia con el sistema constitucional y convencional, es decir, que el extraditable no se enfrente a un entorno que, injustificadamente restrinja su derecho a la defensa, pues estaríamos frente a un acto de discriminación contrario a la dignidad humana que, de ejecutarse, resultaría en una violación a sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Pues el actual andamiaje normativo aplicable al procedimiento de extradición contiene normas que colocan a la persona en un principio en una posición de desventaja formal y material, por tratarse de una cuestión de desigualdad originada de la Ley de Extradición Internacional.

Lo anterior tiene implicaciones de vulnerabilidad en el terreno de los hechos, por falta de condiciones para el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades, muy a pesar de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico nacional como internacional.

III. ¿Cuáles son los derechos procesales que detenta el *extradendus* en el procedimiento de extradición?

Para responder el cuestionamiento planteado en este capítulo, es importante establecer que el procedimiento de extradición ocurre en tres sistemas distintos: uno que podemos llamar judicial, otro exclusivamente administrativo, y un tercero que participa de ambos [sistema mixto].

Ahora, desde esta perspectiva y, en virtud de que las garantías individuales protegen —como lo señala el artículo 1o., párrafo primero— a todas las personas que habitan el territorio nacional, de manera que un extraditable tiene garantías individuales, precisamente porque habita en el territorio nacional, pues así fue como lo estableció el Constituyente.

Es fácil advertir entonces, que al reflexionar sobre los derechos procesales que detente el *extradendus* en el procedimiento de extradición que se cuestiona, se hace necesario acudir a la Convención Americana sobre Derechos Humanos instrumento jurídico vinculante para nuestro país.

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier

⁵ Tesis: 1a. CXCIX/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 6, Tomo I, mayo de 2014, p. 547. Registro digital: 2006478.

acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Es importante destacar que esta norma, al instituir el inalienable derecho humano a ser oído y vencido en juicio para determinar los derechos y obligaciones de un individuo, no hace distinción entre las distintas materias de derecho, pues lo que se está salvaguardando es la dignidad de la persona.

Por lo que los derechos del reclamado serán todos los relativos al debido proceso pues una de las consecuencias de la extradición es la privación de la libertad.

De manera que la persona solicitada tendría los siguientes derechos: el derecho de audiencia al presentarse ante el juez de distrito y a designar un abogado defensor y, un derecho aparentemente limitado a la defensa, pues solamente puede alegar violaciones al tratado o que es una persona distinta a la solicitada.

La Ley de Extradición Internacional prevé una etapa de audiencia ante el juez de distrito que conoce de la extradición para que la persona reclamada conozca el contenido de la petición formal de extradición y, si no hay demoras, se le nombre defensor [artículo 24], y es en este momento cuando la persona requerida puede argumentar que la petición de extradición no se ajusta a los términos del tratado internacional aplicable o, en su defecto a la propia ley. Además, puede alegar que no es la persona que busca el gobierno extranjero [artículo 25].

De modo que en los procedimientos de extradición que se ventilan conforme a los principios y reglas que rigen a los procesos de corte acusatorio y oral, la oportunidad que prevé el artículo 26 para que el reclamado en extradición pueda continuar el procedimiento respectivo en libertad, ahora se encuentra supeditada a que en la audiencia que señala el artículo 24 de la Ley de Extradición Internacional argumente y acrelide la satisfacción de los requisitos necesarios para que pueda imponérsele alguna medida cautelar que conlleve o implique tal circunstancia, es decir, que sea susceptible de permitir que en tanto transcurra el procedimiento, pueda estar sujeto al mismo, pero en el goce de su libertad deambulatoria.

Por un lado, se detectan figuras jurídicas que pueden resultar anacrónicas a la dinámica en que se llevan a cabo las audiencias de corte acusatorio y oral, como por ejemplo, se evidencia en el artículo 26 en cita, por otro lado, lo anterior no ocasiona que el precepto legal aludido deje de servir de base o sustento jurídico para la solicitud e imposición de medidas cautelares en los procedimientos de extradición, ya que lo que continúa subyaciendo en dicho numeral, es el derecho que tiene el reclamado de poder solicitar que dicho procedimiento lo pueda seguir llevando a cabo, pero estando en libertad, obvio, siempre y cuando la autoridad judicial considere que se satisfacen los requisitos conducentes para acordar a favor esa petición.

Puesto que la Ley de Extradición Internacional solamente permite que se presenten argumentaciones de derecho vinculadas al marco jurídico de extradición

aplicable, éste es el momento para señalar que el delito ha prescrito, que no cumple con el principio de doble criminalidad, extradición por delito común, no extradición de nacionales [en su caso], *non bis in ídem*, que hay un riesgo de tortura por el Estado requirente, entre otros.

No pasando por inadvertido que no obstante, ante la falta de adecuación legislativa, la doctrina jurisprudencial ha resuelto que el artículo 26 de la Ley de Extradición Internacional da la pauta para el debate en torno a la imposición de medidas cautelares durante la celebración de la audiencia que refieren sus artículos 24 y 25. Pues aunque pareciere que la carga de proponer ese contradictorio le corresponde al propio reclamado, lo cierto es que al imperar en la etapa judicial del procedimiento de extradición los principios y reglas que ciñen al sistema penal acusatorio y oral, se debe colegir que quien tiene la carga inicial de hacerlo, es el ministerio público.

Algo parecido sucede en la etapa de investigación con el nuevo sistema acusatorio, en el cual el ministerio público puede recibir medios de prueba por parte de la defensa para convencerlo de que no accione los medios penales.

Pues bien, teniendo en cuenta el marco jurídico con el que hallan sustento y deben ser analizadas las medidas cautelares que se propongan en el procedimiento de extradición.

En el ámbito cautelar el Código Nacional de Procedimientos Penales dispone, para la imposición de aquélla, debe atenderse a la necesidad de cautela, la idoneidad entre éstas y los fines pretendidos, como su proporcionalidad, atendiendo al nivel de riesgo y a las circunstancias personales del extradendus.

Partiendo de esa base, y de conformidad con lo previsto en el artículo 168 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que prevé las circunstancias que deberá tomar en cuenta el juzgador para determinar si está garantizada o no la comparecencia del requerido por el gobierno extranjero al procedimiento de extradición.

La pregunta fundamental que en este último aspecto surge frente a nuestros intereses es entonces: ¿se acredita de modo acertado la necesidad de cautela? y, como consecuencia, la imposición de una medida cautelar acorde con los principios de idoneidad, proporcionalidad y mínima intervención.

Ahora, para determinar si está garantizada o no la comparecencia del requerido por el gobierno extranjero al procedimiento de extradición, no pueden ser tomados los datos objetivos que se desprendan u obren en la solicitud de extradición a grado tal de imponer la medida cautelar más lesiva, esto es, la prisión preventiva, pues además de que en ese sentido existen criterios emitidos por Tribunales Colegiados de Circuito, asimismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la severidad de una conducta y, en su caso, las penas, no son un factor que, por sí mismo, resulte suficiente para imponer la prisión preventiva, sino

que además de ello, debe cumplirse con las exigencias que establezca, la Constitución y la normatividad secundaria respectiva.⁶

Así, lo establece, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que dispone que la prisión preventiva, como medida cautelar, habrá de imponerse siempre y cuando no existan otras que garanticen la comparecencia del requerido al proceso [de extradición] y, en general, circunstancias que imposibiliten la correcta tramitación del proceso.

Se destacaría que la naturaleza de las medidas cautelares es garantizar la comparecencia del requerido en el procedimiento de extradición. No así la efectividad de éste, pues para ello existe un procedimiento específico previsto en la Ley de Extradición Internacional; de manera tal que el factor atinente a la posible extradición que pudiera otorgarse a favor del Estado requirente no puede tomarse en consideración al imponer una medida cautelar.

Ahora partiendo de la base de la *necesidad de cautela* es preciso indicar que es el régimen de excepción que debe ser empleado cuando existan razones concretas y reales que establezcan la existencia de un peligro procesal digno de ser protegido, es decir, que sólo con ello se asegure la presencia del extradendus al procedimiento, se garantice la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del proceso, esto es, cuando no se advierta una circunstancia diversa para proteger el fin cautelar.

Lo anterior es así, porque las reglas de las medidas cautelares están previstas en el numeral 153 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Del citado artículo, se advierten las reglas generales y los parámetros que debe considerar la autoridad judicial al determinar que es procedente imponer una medida cautelar.

Es de suma importancia el numeral citado, pues al igual que el artículo 19, párrafo segundo, constitucional establece que, en el Sistema de Justicia Penal de corte Acusatorio y Oral, la prisión preventiva tiene el carácter de excepcional, ya que debe solicitarse cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del extraditable al procedimiento.

Aunado a que el mismo numeral constitucional precisa que la prisión preventiva procede oficiosamente cuando se trata de delitos muy específicos.

Lo que también disponen los artículos 154, 167 y 168 del Código Nacional de Procedimientos Penales, los cuales, en su orden, establecen que el Ministerio Público 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; premisa que se refuerza

⁶ Tesis VI.2o.P. J/2, véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, Libro 60, Tomo III, noviembre de 2018, p. 2641.

si se toma en cuenta que, en términos de ese mismo precepto legal, la prisión preventiva procede oficiosamente cuando se trata de delitos muy específicos.

El privar a una persona de su libertad impone un especial deber de motivación, en el momento de adoptar la medida que en el caso concreto es la prisión preventiva. El juez deberá ajustar su actuación en el caso concreto a los criterios de excepcionalidad, proporcionalidad y subsidiariedad. Así, deberá tener en cuenta que la prisión preventiva sólo debe ser adoptada de forma excepcional.

Debe ser excepcional, en el sentido de que las condiciones legales previstas para su adopción deben producir que en la mayoría de los casos no se adopte la medida.

La medida debe ser también proporcional, lo que requiere al menos tres elementos:

En primer lugar, el delito del que se acusa al imputado debe ser suficientemente grave como para justificar el sacrificio del derecho fundamental a la presunción de inocencia como regla de trato procesal. La presunción de inocencia fue incorporada en el artículo 20 de la Constitución general en la histórica reforma penal de junio de 2008.

En segundo lugar, los elementos de juicio [pruebas] que apoyen tal acusación deben ser suficientemente consistentes para considerar baja la probabilidad de que el acusado sometido a prisión provisional acabe finalmente absuelto y, por tanto, resulte injustificada la medida cautelar.

Finalmente, en tercer, lugar los elementos de juicio [pruebas] que apoyen la hipótesis de la existencia de un grave riesgo procesal deben ser acreditar ese riesgo con un alto grado de corroboración.

La adopción de la prisión provisional debe ser siempre una medida subsidiaria, en el sentido de que, siendo la medida que mayor afectación supone a los derechos del extradendus, procede únicamente en caso de que ninguna otra medida cautelar pueda resultar eficaz.

Así las cosas, la premisa normativa de la prisión preventiva –como medida estrictamente cautelar– queda compuesta condicionando la consecuencia normativa que es el encarcelamiento a tres condiciones fácticas o supuestos de hecho que deben confirmarse, probarse, conjuntamente:

- Por un lado, la presencia de un caudal probatorio en favor de la hipótesis acusatoria (existencia del hecho delictivo y la participación del imputado).
- La peligrosidad procesal: el pronóstico de frustración de los fines del proceso como contrafáctico del derecho de la libertad del acusado.
- Probar que ese peligro torna indispensable el encarcelamiento cautelar de modo que sólo mediante la prisión del imputado puede tutelarse el fin procesal amenazado.

Pues bien, vale la pena recordar que justificar una premisa fáctica exige dos operaciones relativamente independientes. Primero, tener por probado un enunciado [o más precisamente el hecho al que se refiere] es una instancia particular del enunciado fáctico genérico de la norma pertinente, es decir, si puede ser traducido en lenguaje jurídico.

La pregunta fundamental que en este último aspecto surge frente a nuestros intereses es entonces: ¿Qué hechos han de ocurrir para poder ser traducidos como peligro procesal tal que el encarcelamiento es indispensable? Sólo una vez que se sepan de qué hechos se trata, podría decirse, por un lado, si se subsumen en la norma y, por el otro, si están o no probados.

Ahora el debate actual respecto a la extradición se da en torno a que no se advierte que la reforma constitucional de derechos humanos haya permeado al ámbito de la cooperación internacional.

Ejemplo de ello la extradición de nacionales con la excusa de la cooperación internacional dándole más importancia a las obligaciones entre Estados que a los derechos humanos.

Al respecto, se dice que esto no significa que los Estados-Nación no tengan la posibilidad de investigar y procesar, entonces ¿Cómo se justifica, la extradición de nacionales? Una de las razones –hay multitud– es la calidad de los autores de los hechos investigados: *generalmente, los autores principales controlan al aparato estatal de procuración e impartición de justicia y por ello pueden confiar en que, mientras se encuentren en el poder –fáctico– no se les hará responsables.*⁷

Un ejemplo más de que los derechos humanos no han permeado al ámbito de la cooperación internacional; serían las extradiciones que se otorgan aun violentando el principio de doble criminalidad respecto de los delitos que pueden ser motivo de extradición de conformidad con los tratados bilaterales suscritos por México, en los cuales se advierte una flexibilización del criterio de doble criminalidad.

Con el argumento de que, derivado de los esquemas complejos de criminalidad, el análisis de la autoridad de extradición se complica, pues es complejo encontrar tipos penales *análogos*.

En estos casos en particular, es importante que haya marcos jurídicos internacionales que permitan que la doble criminalidad se actualice con base en tratados internacionales concretos para encontrar definiciones, marco que puede ser la base de la extradición y del cumplimiento del principio de doble criminalidad.

Pues, el que tenga naturaleza jurídica diversa el delito que se le imputa al extraditable no es cosa menor pues tiene afectaciones más allá de la doble criminalidad.

⁷ Ontiveros Alonso, M.: *Derecho penal...* cit., p. 77.

La identificación del delito es relevante para determinar si se trata de un delito político o militar, si la persona ya fue procesada previamente [*ne bis in ídem*], si el delito ya prescribió, si es aplicable la pena de muerte o si se da cumplimiento al principio de especialidad.

En consecuencia, es indiscutible la creciente implicación del derecho internacional en la protección de los derechos humanos.

Por otro lado, si bien es cierto el ministerio público de la federación tiene la facultad legal para solicitar la imposición de medidas cautelares, en términos del numeral 131 fracción XIX del código adjetivo nacional en la materia, entre las cuales se encuentra la prisión preventiva establecida en la fracción XIV del arábigo 155 del cuerpo normativo en cita, lo cierto es que dicha potestad no es arbitraria ni ilimitada, sino que se ciñe a las hipótesis previstas por el marco legal aplicable.

Tres son los supuestos en los que más habitualmente se considera que procedería adoptar la prisión preventiva del requerido como medida cautelar en el curso de un proceso penal: el peligro de reincidencia, el aseguramiento de las pruebas y el peligro de fuga del extraditable.

Con la independencia de la justificación de la prisión preventiva en estos otros supuestos, Jordi Ferrer Beltrán habla de límites al ámbito de aplicación de la presunción de inocencia como regla de trato procesal, le parece una mejor presentación conceptual de la situación que pretender encontrar una compatibilidad entre ser tratado como inocente y contemporáneamente ser ingresado a prisión.⁸

En relación con este destacado tema, la Segunda Sala de nuestro máximo tribunal ha sustentado el siguiente criterio de rubro: *TEST DE PROPORCIONALIDAD. AL IGUAL QUE LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL ESCRUTINIO JUDICIAL, CONSTITUYE TAN SÓLO UNA HERRAMIENTA INTERPRETATIVA Y ARGUMENTATIVA MÁS QUE EL JUZGADOR PUEDE EMPLEAR PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE LIMITACIONES, RESTRICCIONES O VIOLACIONES A UN DERECHO FUNDAMENTAL.*⁹

En primer lugar, la prisión preventiva debe ser excepcional, en el sentido de que las condiciones legales previstas para su adopción deben producir que en la gran mayoría de los casos no se adopte la medida.

Esto es así por el hecho de que con ella se está sacrificando un derecho fundamental, es decir, el derecho a ser tratado como inocente en tanto no haya sentencia condenatoria.

En segundo lugar, la medida debe ser también proporcional, lo que requiere al menos tres elementos: [i] el delito del que se acuse al imputado debe ser suficiente

⁸ Ferrer Beltrán, J.: *Prueba y racionalidad...* cit., pp. 195 – 199.

⁹ Tesis: 2a./J. 10/2019, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 63, Tomo I, febrero de 2019, p. 838, Registro digital: 2019276.

cientemente grave como para justificar el sacrificio del derecho fundamental a la presunción de inocencia como regla de trato procesal; [ii] los elementos de juicio [pruebas] que apoyen tal acusación deben ser suficientemente consistentes para considerar baja la probabilidad de que el extraditable sometido a prisión provisional acabe finalmente negándose la extradición y, por tanto, resulte injustificada la medida cautelar; y, finalmente,[iii] las pruebas que apoyen la hipótesis de la existencia de un grave riesgo procesal deben ser acreditar ese riesgo con un alto grado de corroboración.

En suma, la adopción de la prisión provisional debe ser siempre una medida subsidiaria, en el sentido de que, siendo la medida que mayor afectación supone los derechos de los extraditables, procede únicamente en caso de que ninguna otra medida cautelar pueda resultar eficaz.

Luego, el artículo 20, apartado B, fracción I, constitucional, consagra el principio de presunción de inocencia, calificado por el alto tribunal como un derecho de carácter *poliédrico*, en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal.

Al particular, importa la denominada *regla de trato procesal* o *regla de tratamiento* del imputado, inherente a la forma en la que debe tratarse a una persona que está sometida a proceso administrativo con consecuencias penales.

En este sentido, la presunción de inocencia implica que toda persona debe ser tratada como inocente, mientras no se pruebe su culpabilidad en un juicio mediante una sentencia.

Así, la presunción de inocencia ordena a los jueces impedir, en la mayor medida posible, la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena.

Lo que se confirma con la jurisprudencia 1a./J. 24/2014 [10a.] de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: *PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL*.

A lo que se añade lo que establecen los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica, el primero, respecto al derecho a la libertad, punto 1, refiere que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal; mientras que, en el segundo, indica las garantías judiciales, punto 2, alude a que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

En ese orden de ideas, la necesidad de la prisión preventiva en función de la taxatividad del delito que se le imputa por el gobierno extranjero, deviene contraria

a los preceptos invocados, pues atendiendo al carácter excepcional de la medida cautelar en análisis, como al principio de presunción de inocencia en su vertiente de regla de trato procesal, su imposición con fundamento en que el extraditable podría sustraerse del procedimiento.

Ello, toda vez que dicha postura anticipa, sin justificación alguna, la posible concesión de la extradición al extraditable, pues merced a la taxatividad del delito motivo de la petición, tiene por cierto el peligro de que se sustraiga del procedimiento de extradición que se sigue en su contra, criterio subjetivo, según el cual, no tendría derecho a alcanzar algún sustitutivo y, por tanto, debe asegurarse su comparecencia al procedimiento de extradición.

Ello no implica, indefectiblemente, que el juez se encuentre constreñido en todos los casos a imponer la prisión preventiva, pues de conformidad con lo previsto en el artículo 156 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al imponer alguna o varias de las medidas cautelares previstas en el diverso artículo 155, el juzgador deberá tomar en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el ministerio público realice, aplicando el criterio de mínima intervención, según las circunstancias de cada persona, en términos del artículo 19 constitucional; siendo que para determinar la idoneidad y proporcionalidad de la medida, podrá tomar en consideración el análisis de evaluación de riesgo realizado por personal especializado en la materia; debiendo justificar en su resolución, las razones por las que la medida cautelar impuesta resulta la menos lesiva para el extradendus.

De lo que se tiene que el juez de control, al imponer la medida cautelar, si bien deberá tomar en consideración la justificación que el ministerio público realice de la solicitada, deberá también ponderar otros factores, aplicando el criterio de mínima intervención, entre los que se encuentran, los argumentos que ofrezcan las partes, las circunstancias particulares de cada persona, la idoneidad y proporcionalidad de la medida, como que resulte la menos lesiva para el imputado.

En suma, la justificación que debe ofrecer el ministerio público, al solicitar la medida cautelar consistente en prisión preventiva, estrictamente debe ceñirse a alguno de los supuestos que mencionaremos.

Se debe especificar que, en caso de que la argumentación realizada para tales efectos sobrepase o no se centre en dotar de contenido a las hipótesis que a continuación se mencionan, el argumento debe ser descartado por no cumplir este requisito de procedencia para la imposición de una medida cautelar, es decir, especificar cuál es el riesgo o peligro que con la medida se busca evitar.

Los supuestos a los que aludimos son los siguientes:

- Peligro de sustracción del imputado.
- Peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación.
- Riesgo para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad.

Además, es de destacar que, con base en el principio de presunción de inocencia, para la imposición de una medida cautelar, no basta con que el fiscal indique que se actualiza una de las hipótesis previamente referidas, sino que es necesario que, con base en cuestiones probatorias, acredite los elementos que son contemplados de manera específica en cada uno de los supuestos mencionados, toda vez que contienen aspectos determinados que deben considerarse de manera individual.

En este sentido, se podrá ordenar la prisión preventiva de un extradendus sólo de manera excepcional y cuando, por ejemplo, no existan otras garantías que aseguren su comparecencia en el procedimiento de extradición.

De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención, pues proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia.

La Ley de Extradición Internacional prevé un derecho de defensa en su artículo 24, párrafo segundo y tercero.

De conformidad con la Convención Americana de los Derechos Humanos, el derecho a la defensa está conformado por varios elementos que son aplicables al proceso de extradición.

El reclamado tiene derecho a una defensa personal o un abogado de su elección. Igualmente tiene derecho a que se le proporcione gratuitamente la asistencia jurídica por un defensor de oficio. Estas disposiciones son compatibles con lo enunciado en la Ley de Extradición Internacional.

Se advierte un problema pues el derecho a ser asistido por un defensor debe ejercerse desde el momento de la detención, tal como lo exige la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, pero al no existir la posibilidad de contar con un abogado desde el momento de la detención, la ley de la materia autoriza que la persona quede detenida hasta 60 días sin defensa alguna.

Ahora por derecho a la defensa se debe entender la posibilidad que tiene la persona acusada y su defensor de controvertir y refutar las afirmaciones que hace el órgano acusador.

Pero la Ley de Extradición Internacional limita las posibilidades de defensa permitiendo que sólo se presente un número predeterminado de excepciones durante la audiencia de extradición, las cuales se establecen en su artículo 25, en la audiencia solamente se podrá alegar que:

1. *La petición de extradición no se ajusta a lo establecido por el Tratado de Extradición o por las propias normas internas, o*

2. Que la persona buscada es otra.

El artículo 8.2 de Convención Americana sobre Derechos Humanos –y los siguientes incisos– indican un elenco de reglas para cumplir con el derecho a la defensa en sede penal o en una análoga.

Un aspecto que está a discusión es el tiempo necesario para preparar la defensa en un proceso de extradición. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que un día para consultar el expediente es muy poco tiempo y, por lo tanto, viola el derecho a la defensa.

Sin embargo, este reclamo es evidente en un proceso penal debido a que es más complejo que el proceso de extradición, además de que es posible desahogar pruebas, y un día seguramente es poco tiempo incluso para los procesos de extradición.

No obstante, la Ley de Extradición Internacional otorga tres días para interponer excepciones y hasta 20 para probarlas, lo cual parece suficiente.

Para concluir, la persona reclamada y su defensor cuentan con tres días para consultar el expediente y plantear la estrategia de defensa.

Desde la perspectiva del derecho de defensa la Detención Provisional con Fines de Extradición viola los derechos de la persona reclamada, porque ya pasó 60 días detenida sin asistencia de su defensor.

En este orden de ideas, es importante hacer hincapié que el artículo 26 de la Ley de Extradición Internacional permite que el requerido solicite la libertad bajo caución, una vez que se recibió la petición formal de extradición y la persona es puesta a disposición del juez de Distrito, pero no antes.

Cabe hacer notar que es hasta este momento cuando la detención tiene un sustento más sólido que un mero comunicado de intención [*detención provisional con fines de extradición*], pues ya se cuenta con la petición formal de extradición que, de conformidad con el artículo 20 de dicha ley, debe contener los elementos previstos en el artículo 16 constitucional.

Presumiblemente, los previstos para librar una orden de aprehensión. En otras palabras: [...] *denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.*

En este sentido, la libertad caucional sólo puede otorgarse por *circunstancias personales*, en las que se entienda la posibilidad del *extradendus* de sustraerse de la acción de la justicia o que ponga en peligro la integridad de las víctimas, testigos o la investigación; más este precepto es incompatible con los criterios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Finalmente, al ser *la libertad bajo fianza* aparentemente la única alternativa cautelar para quien sea sometido a un procedimiento de extradición refleja la falta de adaptaciones legislativas correspondientes para adecuar o hacer compatible el procedimiento de extradición inmerso en su contenido, a los principios y reglas que imperan en el sistema de justicia penal acusatorio adversarial y oral. Además, en la actualidad *la libertad bajo fianza* no está prevista como medida cautelar en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales, lo que denota lo anacrónico de la Ley.

IV. Conclusión

El marco jurídico en el que se encuentra el fundamento del proceso de extradición que data de 1975 es anacrónico y resulta imperiosa la necesidad de actualizarlo para hacer vigente la histórica reforma penal de 2008. Pues ya no cumple con el cambio de paradigma del debido proceso legal. Y, por lo tanto, incumple con las formalidades esenciales del procedimiento que la Primera Sala denominó *núcleo duro*.

Una primera vía para resolver tales problemas consiste en proponer una reforma legislativa a la Ley de Extradición Internacional. Que adecue el procedimiento de extradición con las reglas adversariales.

No se requiere la promulgación de una nueva Ley de Extradición Internacional.

Es suficiente con reformar el citado cuerpo normativo. Ello permitiría que se reconozca la supletoriedad del Código Nacional de Procedimientos Penales en la fase judicial del procedimiento, y vincularía a los operadores del sistema extradiccional a respetar el debido proceso que imponen las reglas adversariales. Esto es, informar la petición formal de extradición, ofrecer e incorporar pruebas y se dicte la opinión jurídica en apego a las reglas y técnicas de litigación, obligando a la Secretaría de Relaciones Exteriores a resolver atendiendo a lo probado y actuado ante el Juez de Distrito Especializado.

En consecuencia, el planteamiento prospectivo es adecuar o hacer compatible el procedimiento de extradición inmerso en su contenido, a los principios y reglas que imperan en el Sistema de Justicia Penal Acusatorio Adversarial y Oral.

V. Bibliografía

- Acuña Zepeda, Manuel Salvador [coord.]: *El debido proceso tomo I*. Tirant to Blanch. México. 2016.
- Carbonell, Miguel: *Convención Americana de Derechos Humanos con jurisprudencia*. Tirant to Blanch. México. 2016.
- Cossío Díaz, José Ramón: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada III*. Tirant to Blanch. México. 2017.

- Dagdug Kalife, Alfredo: *Manual de derecho procesal penal teoría y práctica*. INACIPE. México. 2018.
- Dei Vecchi, Diego: *Problemas probatorios perennes. Un análisis a la luz del nuevo proceso penal mexicano*. Fontamara. México. 2018.
- Dondé Matute, Javier: *Extradición y debido proceso*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2^a ed., México, 2017.
- Dondé Matute, Javier [coord.]: *Delitos transnacionales*. Tirant lo Blanch. México. 2018.
- Ferrer Beltrán, Jordi: *Prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*. CEJI. México. 2019.
- Ontiveros Alonso, Miguel: *Derecho penal parte general*. Instituto Nacional de Ciencias Penales/Ubjus Editorial. México. 2018.
- Ortiz Treviño, Roberto Gerardo: *Presunción de inocencia y nuevo sistema penal*. INACIPE. México. 2017.

Legislación

- Código Nacional de Procedimientos Penales; Cámara de Diputados, México, 2022.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Cámara de Diputados, México, 2022.
- Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Cámara de Diputados, México, 2022.
- Ley de Extradición Internacional, Cámara de Diputados, México 2022.

SI VIVES CON VIH

Tu condición médica no debe ser publicada ni comunicada sin tu consentimiento



Defensatel
800 2242426

En México, la prisión preventiva oficiosa es incompatible con los tratados internacionales en derechos humanos, no es convencional porque es contraria a la presunción de inocencia y al debido proceso.

*José Demetrio Rosas Vargas**

RESUMEN: En México la Constitución prevé la prisión preventiva oficiosa desde su génesis en 1917, sólo para los delitos que merecieran pena privativa de la libertad. Actualmente, la Carta Magna prevé dos tipos de esta figura legal: La justificada y la oficiosa. La discusión de la prisión preventiva en su modalidad oficiosa es que contribuye al *ius puniendi* en el sistema penal y a la violación de derechos fundamentales, adicionalmente, problematiza los procesos de procuración e impartición de justicia. Así las cosas, privar de la libertad a los imputados sin un argumento penal justificado y sin sentencia fomenta la arbitrariedad. Es importante mencionar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no llega a un consenso respecto a la constitucionalidad de la prisión preventiva oficiosa en delitos graves. La prisión preventiva puede ser oficiosa, cuando el juez o jueza ordenan que una persona esté en prisión en tanto se determina su responsabilidad. En delitos específicos señalados por nuestra Constitución en el artículo 19 y por el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Por otro lado, la prisión preventiva puede ser justificada, cuando el ministerio público solicita al juez o jueza la imposición de la prisión preventiva, porque considera que otras medidas cautelares no son suficientes para garantizar que el imputado tenga presencia en el juicio, para el desarrollo de la investigación, para la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad o cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por cometer un delito de forma intencionada. Pero también hay posturas a favor, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció por eliminar la figura de prisión preventiva oficiosa en México, al considerar que implica una detención arbitraria y contraria a la presunción de inocencia.

SUMARIO: I. La naturaleza cautelar de la prisión preventiva. II. La prisión preventiva su relación con los derechos humanos y la presunción de inocencia. III. La prisión preventiva en el Código Nacional de Procedimientos Penales. IV. Consideraciones personales. V. Bibliografía.

* Oficial Administrativo del IFDP

I. La naturaleza cautelar de la prisión preventiva

A mi punto de vista, la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter coercitivo, personal y provisional que afecta la libertad personal durante un tiempo. La decisión judicial de ordenar la prisión preventiva a un imputado por la presunta comisión de un delito, se hace con el fin de garantizar que el proceso que se le sigue no se vea obstaculizado, interrumpido o diferido de alguna forma. Ello no significa un adelanto de la condena, es decir, que no se está recluyendo al imputado porque se crea que su responsabilidad es evidente. Esta medida tiene como justificación la necesidad de una pronta reacción del Estado frente al delito.

También constituye un medio para garantizar el desarrollo del proceso penal con la presencia del imputado y con la posterior eventual ejecución de la sentencia. La prisión preventiva, también conocida en algunos países como prisión sin condena, en palabras de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos consiste en todo periodo de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y anterior a una sentencia firme. Su fin es la consecución de un buen juicio, esto mediante la probada y justificada como necesaria reclusión del culpable, de manera que no pueda afectar las investigaciones en torno al delito que se le imputa, o no pueda evadir la aplicación de la justicia.¹

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

En otras palabras, la pena privativa de la libertad personal, la cárcel sólo se justifica como sanción impuesta al responsable de un delito, sin embargo, existe otra modalidad de restricción a la libertad personal, de común aplicación en el proceso penal mexicano, cuya justificación debe ser totalmente diferente en un Estado de derecho. En efecto, la prisión preventiva, a diferencia de la pena privativa de la libertad, debe tener una justificación distinta, ya que su naturaleza jurídica no es la de una sanción, sino la de una medida cautelar. Esta diferencia cambia los fundamentos y la razón de su aplicación.

Es evidente que, la prisión preventiva oficiosa, consagrada en el texto constitucional con motivo de la reforma constitucional en materia penal de 2008 y difundida en 2019 producto de una reforma al artículo 19 constitucional, ha sido objeto de

¹ Carbonell Sánchez, M.: *Prisión preventiva...cit.*

análisis por parte de los organismos internacionales de derechos humanos, quienes han advertido de su incompatibilidad con las obligaciones internacionales del Estado mexicano. En el informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, derivado de su visita a México en 2014, se recomendó a México *eliminar los supuestos de prisión preventiva oficiosa de la Constitución y legislación.*²

Ante este panorama, el sistema procesal penal acusatorio y adversarial, cuya implementación inició en nuestro país con las reformas constitucionales de junio de 2008, es fundamentalmente garantista, busca la ponderación en el respeto a los derechos de los sujetos procesales y se rige por principios fundamentales, entre ellos, el de presunción de inocencia. Sin embargo, temas cuestionables, como la prisión preventiva oficiosa, ordenada por la propia Ley Suprema para los delitos en ella previstos. Esta figura rompe con los principios de las medidas cautelares, es contraria al espíritu garantista de un sistema procesal penal de corte acusatorio, se opone al principio de presunción de inocencia. En prisión preventiva permanecen aquellas personas acusadas de la comisión de un delito en espera de una sentencia que bien podría ser absolutoria o de condena. Por tal motivo en este artículo se enfoca principalmente cuando al imputado le ha sido vulnerada su libertad.

Sentado lo anterior, hay que razonar en algunos conceptos entre los cuales se encuentra el que es una pena privativa de libertad, de carácter preventivo consistente en el encarcelamiento del condenado durante un tiempo fijado por el juez dentro de los límites previstos por la ley. Pena consistente en permanecer encerrado en una cárcel. En general, acción de prender, coger, asir o agarrar. Cárcel u otro establecimiento penitenciario donde se encuentran los privados de libertad; ya sea como detenidos, procesados o condenados. Pena privativa de libertad más grave y larga que la de arresto e inferior y más benigna que la de reclusión. La prisión es el establecimiento penitenciario en que los presos o reclusos se encuentran aislados por ocupar cada uno de ellos una celda, a fin de evitar los malos ejemplos de la convivencia entre maleantes. Qué significa preventiva. La que durante la tramitación de una causa penal se decreta por resolución de juez competente, por existir sospechas en contra del detenido por un delito y por razones de seguridad.

Al efecto basta recordar que, la prisión preventiva, es la medida de seguridad adoptada por la autoridad judicial que entiende en el asunto, a efectos de evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia. Para ser decretada requiere la existencia de semiplena prueba de haberse cometido el delito que se imputa.³

Cabe señalar que, preventiva es una decisión o una medida que toma de oficio un tribunal, un magistrado o un representante del ministerio público cuando esa

² Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/28/68/Add.3, *Informe de Misión e México, Consejo de Derechos Humanos, 28.º Período de sesiones, 29 de diciembre de 2014, párrafo 81, inciso e).*

³ <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/prisi%C3%B3n/prisi%C3%B3n.htm> fecha 11/11/2022.

autoridad, en ejercicio de su poder de iniciativa, puede hacerlo sin ser solicitada por previa petición de las partes, en virtud de una disposición legal o reglamentaria así, ordenar una medida de instrucción, declarar caduca una citación, proponer una incompetencia, un recurso simple, en virtud de los poderes propios de ella.

Ahora bien, las medidas cautelares son adoptadas judicialmente, antes o durante un proceso, con la finalidad de evitar que el estado de las cosas se altere o modifique en perjuicio de la efectividad de la sentencia que haya de recaer. Son los instrumentos o mecanismos adoptados al iniciarse el litigio y destinados a disminuir o suprimir los riesgos que conlleva la duración del proceso, la cual puede frustrar la realización del derecho reclamado que favorezca la sentencia. Son medidas precautorias que se adoptan en un proceso principal.

Es importante destacar, a Zaffaroni: *se llama prisión preventiva a la privación de la libertad que sufre quien aún no ha sido condenado, es decir, quien aún está procesado porque aún no ha habido sentencia, bien puede ser condenatoria como absolutoria.⁴*

En suma, las medidas cautelares en el procedimiento penal, son medios de aseguramiento que tienen como finalidad garantizar la comparecencia del imputado al proceso, asegurar el adecuado desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, por tanto, siendo la prisión preventiva y particularmente la oficiosa, una de las medidas cautelares previstas por el Código Nacional de Procedimientos Penales, es notoria su naturaleza cautelar.

Ahora bien, todas las medidas cautelares, como mecanismos de aseguramiento decretadas por el órgano jurisdiccional, se encuentran sujetas a diversos principios: a) Legalidad. Consiste en una reserva legal para el reconocimiento de las medidas coercitivas que implican la restricción de derechos. b) Jurisdiccionalidad. Sólo pueden ser impuestas por el órgano jurisdiccional competente, a petición del ministerio público, de la víctima u ofendido, o bien, oficiosamente en los casos previstos en la ley. c) Excepcionalidad. Tienen un carácter eventual, puesto que sólo se deben imponer cuando resulten indispensables para lograr sus fines. d) Instrumentalidad. Las medidas cautelares no son un fin en sí mismas, sino que son accesorias de un procedimiento principal. e) Provisionalidad. Pueden ser modificadas o revocadas cuando varían las circunstancias imperantes en el momento de su imposición. f) Proporcionalidad. Deben estar en relación con la gravedad del hecho investigado en el proceso, en correlación con las circunstancias personales del imputado, que reflejen la necesidad de cautela. g) Temporalidad. Debe existir un límite temporal en su aplicación, el cual debe ser precisado por el órgano jurisdiccional, al momento de su imposición.

Considero oportuno mencionar que, cuando se habla de principio de proporcionalidad debe pensarse en varias posibilidades, con distintos grados de intensi-

⁴ Zaffaroni, Eugenio R.: *Manual del...*cit., p. 717.

dad, para tomar la decisión adecuada en los casos de derechos humanos, no es ecuánime limitarse a las respuestas previamente establecidas en la ley, porque entonces no se hablaría de proporcionalidad. El criterio de proporcionalidad se ha desarrollado en el derecho anglosajón, que implica una forma de decidir con expectativas de diseñar respuestas congruentes a los fines perseguidos, en consideración a las características particulares del conflicto a resolver, idea similar al de razonabilidad proveniente del derecho alemán.⁵

Conforme a lo anteriormente expuesto, la prisión preventiva oficiosa, a pesar de ser una medida que pretende evitar riesgos procesales, en mi opinión, destroza con los principios de excepcionalidad, provisionalidad y proporcionalidad, por ende, es abiertamente contraria al ánimo garantista del sistema procesal penal de corte acusatorio. Hay que recordar que la presunción de inocencia, es el principio rector de nuestro sistema procesal penal y derecho fundamental del imputado, admite un triple enfoque: como garantía básica del proceso penal, constituye un derecho subjetivo público, por ende, oponible al Estado; como regla de tratamiento del imputado, implica que a lo largo del procedimiento penal y hasta en tanto se demuestre su plena culpabilidad, mediante sentencia firme, debe ser tratado como inocente y, por ende, privilegiarse su libertad en todas las etapas del procedimiento penal; y, finalmente, como regla relativa a la prueba, puesto que en un sistema acusatorio, es al órgano de acusación al que corresponde demostrar la plena responsabilidad del imputado.

Bajo esa premisa, este derecho fundamental, consagrado en el artículo 20 apartado B, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, también se contempla en diversos tratados: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre artículo XXVI, La Declaración Universal establece en un artículo 11.1 que *toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*;⁶ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 14.2, y la Convención Americana de Derechos Humanos, mejor conocida como Pacto de San José artículo 8.2, entre otros instrumentos que, por disposición del artículo 133 de nuestra Carta Magna, nos resultan vinculantes.

Como se puede observar, los tratados internacionales establecen como prioridad el principio de presunción de inocencia, el cual contempla que el derecho a la libertad debe ser protegido durante el tiempo que dure el proceso del imputado, y aunado a que el Estado debe proteger el orden público, se encuentra en el entendido de una excepción, donde el Estado debe custodiar la protección de los derechos humanos colocándolos en primer lugar en cada decisión que tome en la

⁵ Vázquez, D: *Test de razonabilidad...*cit., p. 25.

⁶ Artículo 11.1. Presunción de Inocencia. En *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (Tercera Edición., 432) México, D.F.: *De los Derechos Humanos*.

aplicación del derecho en el caso en concreto sobre la medida cautelar de la prisión preventiva oficiosa, por lo que la misma ley le exige que compruebe de una manera adecuada por lo que se habla de un fundamento razonable, que la libertad del imputado disloca realmente el orden público o que se puede sustraer de la acción de la justicia penal.

II. La prisión preventiva, su relación con los derechos humanos y la presunción de inocencia

En la práctica, el Informe de la Reunión de Expertos de Alto Nivel sobre revisión de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, celebrada en Santo Domingo, dio cuenta de algunas de las causas comunes que a nivel regional tienen incidencia en los altos índices de personas en prisión preventiva, como lo son: el retardo en el trámite de los procesos penales, la ausencia de asesoría legal adecuada, la influencia de la opinión pública, y la *tendencia de los fiscales y jueces a que se ordenen mandatos de detención para aquellas personas cuyo proceso está en trámite, en vez de recurrir a otras medidas.*⁷

Es importante destacar, con la reforma a 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, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se crea el sistema penal acusatorio. La Ley Nacional de Víctimas, artículos 4, 5, 6, 7, 26, 64 y 67. El proceso penal acusatorio implementado a nuestro sistema jurídico nos lleva a garantizar el debido proceso contemplado en el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución General de la República, alude a la prisión preventiva como una medida cautelar personal, y dispone *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, 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.*⁸

⁷ UNODC, *Informe de la Reunión de Expertos de Alto Nivel (de América Latina y el Caribe) sobre la revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, celebrada del 3 al 5 de agosto de 2011 en Santo Domingo, República Dominicana*, párr. 9-14, disponible en: http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Reports/Report_High_Level_EGM_Santo_Domingo_3-5_Spanish.pdf. Fecha 12/11/2022.

⁸ Carbonell Sánchez, M.: *Prisión preventiva*...cit., p. 54.

Al respecto, las medidas cautelares personales pueden ser restrictivas o privativas de la libertad personal que adopte el tribunal contra el imputado. De acuerdo con el principio de presunción de inocencia, el imputado durante el proceso tiene el pleno goce de sus derechos constitucionales, y debe ser tratado como cualquier otro ciudadano, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitirá por el juez de la causa. Es por lo anterior, que las medidas cautelares que se decidan contra del imputado, tienen un carácter excepcional, como lo establece la doctrina y las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y lo acopia el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, cuando textualmente dispone que deben estar orientadas a garantizar la comparrecencia 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.

A partir de la referida información, en nuestro Código Nacional de Procedimientos Penales está contemplado de manera favorable que la prisión preventiva será excepcional y contempla igualmente la base sobre la que se regirá el principio de presunción de inocencia. Tenemos entonces, que la prisión preventiva no puede pasar el tiempo indispensable de máximo un año, y que para ello el juez deberá de justificar las causas por las cuales se aplicó dicha medida como la más adecuada y menos lesiva para el procesado.

Sin duda, de lo que se desprende que no tienen una finalidad de anticipar la pena de prisión a la que se le sancionará en una sentencia; de ahí que, si se ordena de oficio por el juez, evidentemente afectarían el derecho a un juicio previo y al principio de presunción de inocencia. Una forma muy común que han adoptado los Estados para restringir la libertad es la prisión preventiva. Está, es aquella *privación de la libertad que sufre quien aún no ha sido condenado, es decir, quien aún está procesado porque todavía no ha habido sentencia, la que bien puede ser condenatoria como absolutoria. De allí su carácter preventivo.*⁹

Es importante subrayar las diferencias según los estudiosos del derecho entre prisión como pena y prisión preventiva como medida de seguridad. La diferencia entre medida y pena ha causado gran commoción entre los estudiosos del derecho. Así podemos encontrar las siguientes opiniones. El teórico Alemán Hans Welzel opina que la pena es retribución por un injusto cometido; las medidas de seguridad son una protección de la comunidad frente a futuros hechos penales de personas peligrosas, la protección de la comunidad se obtiene impidiendo una actividad delictual futura de personas peligrosas medida de seguridad en sentido estricto o readaptando al autor para una vida ordenada medidas de corrección.¹⁰

⁹ Zaffaroni Eugenio, R.: *Manual de...*cit., p. 717.

¹⁰ Welzel, H.: *Derecho...* cit., p. 310.

En definitiva, la prisión preventiva tiene como finalidad instrumental la realización exitosa del proceso penal, siendo su objeto asegurar la presencia del imputado y aplicar la sanción como resolución del conflicto penal y la determinación de si es factible la pretensión punitiva; pues en ningún caso tendrá, la finalidad de garantizar la ejecución de una futura condena. Por ello, la prisión preventiva no puede perseguir objetivos del derecho penal, no puede asumir funciones preventivas que están reservadas a la pena, sino una finalidad de carácter procesal; la sustracción del inculpado a la justicia, el peligro de tal sustracción o el peligro de obstaculización de la investigación.

No pasa desapercibido a Fernando Flores Gómez quien expresó que la prisión como pena *consiste en el castigo que el juez representando al Estado impone a aquellos que han violado las normas jurídicas.*¹¹

Considero oportuno mencionar que, el proceso penal acusatorio implementando a nuestro sistema jurídico nos lleva a garantizar el debido proceso contemplado en el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Estado de derecho expresa el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, mientras que el Estado constitucional especifica que es el valor normativo de la constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado, incluso que el mismo texto fundamental tenga una aplicación directa y una eficiencia indirecta en el ordenamiento jurídico.¹²

Es importante destacar, los requisitos o garantías mínimas del debido proceso penal, al que se refiere la reforma al artículo 20 constitucional, son las siguientes: imparcialidad, igualdad entre las partes, a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, a estar presente en el proceso, derechos de defensa, a que se le comunique detalladamente y en forma oportuna la imputación y la acusación, congruencia, a disponer tiempo adecuado para preparar su defensa, a contar con los medios adecuados para preparar su defensa, a ofrecer pruebas y expresar alegatos, a contradecir las pruebas y alegatos de la contraparte, a ser auxiliado para que sus testigos comparezcan a juicio, a interrogar a sus testigos y contrainterrogar a los testigos de cargo, a ser careado, a impugnar la sentencia de primera instancia, a guardar silencio, inadmisibilidad o exclusión de las pruebas ilícitas, a ser juzgado en un plazo razonable, juicio público, contradictorio, concentrado, continuo y celebrado ante juez o jurado, prohibición de doble enjuiciamiento, tutela jurisdiccional de las garantías del debido proceso penal.

En estas condiciones, se puede sostener válidamente que el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU exhorta urgentemente a México a invalidar la prisión preventiva obligatoria, llamada también prisión preventiva oficiosa o automática, consagrada en la Constitución.

¹¹ Flores Gómez, F. y Carvajal Moreno G.: *Nociones de...*cit., p.169.

¹² Schneider Hans, P.: *Aplicación directa...*cit., p.71.

Como lo hemos advertido, en nuestro sistema de justicia penal, la prisión preventiva oficiosa es contraria a las garantías internacionales de protección de derechos humanos, como lo ha indicado la jurisprudencia del Grupo de Trabajo, en múltiples ocasiones indicó Miriam Estrada Castillo, la Presidenta Relatora del Grupo de Trabajo. La Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura, han adoptado conclusiones similares, dijo la experta.¹³

Comento sobre la importancia de la oficina en México del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos (ONU-DH), ofrece a continuación una serie de argumentos, basados en el derecho internacional de los derechos humanos, en contra de la prisión preventiva oficiosa. Dichos elementos son consistentes con la posición que la ONU-DH, sostuvo en el marco de la reforma constitucional de 2019 mediante la cual se extendió indebidamente el catálogo de supuestos delictivos susceptibles de aplicación de la prisión preventiva oficiosa.

Agregado a lo anterior, los documentos técnicos remitidos y algunos de los discursos pronunciados en el marco del debate de la reforma constitucional, se encuentran disponibles en la página oficial de la Oficina en México del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos.¹⁴

Por esta razón, cito a Luigi Ferrajoli, el tránsito de Estado de derecho a Estado constitucional equivale a un cambio de paradigma relacionado con la validez y legitimación sustancial de las normas. Una norma no será válida por el simple hecho de haber sido creada por el parlamento, sino también por lo que ésta misma dice, es decir, por su contenido, condicionado de igual manera por normas superiores, esto es, los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales.¹⁵

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

¹³ <https://www.ohchr.org/es/press-releases/2022/09/mexico-should-overturn-andatory-pre-trial-detention-un-experts> fecha 13/11/2022.

¹⁴ <https://hchr.org.mx/>. En particular, están disponibles la carta enviada al Senado y Cámara de Diputados con anexo técnico <https://hchr.org.mx/wp/wp-content/uploads/2018/12/PrisionPreventivaOficiosa.pdf>; Discurso del Representante de ONU-DH en audiencias en la Cámara de Diputados https://hchr.org.mx/discursos_cartas/disco...de-jan-jarab-audiencia-sobre-el-proceso-dereforma-constitucional-en-materia-de-prision-preventiva-oficiosa/; y comunicado de prensa de ONU-DH al aprobarse la ampliación de los delitos a los que se aplica la prisión preventiva oficiosa https://hchr.org.mx/wp/wpcontent/themes/hchr/images/Comunicados/2019/20190220_ComPrensa_PPO.pdf fecha 14/11/2022.

¹⁵ Ferrajoli, L.: *Iuspositivismo crítico*...cit., p. 280.

to judicial diseñado para encontrar culpables fueran o no responsables del hecho delictivo. Lo anterior cobró más fuerza en junio de 2011 con la reforma en materia de derechos humanos, con la integración de figuras como el control de convencionalidad *ex officio*, control directo de la constitucionalidad y el principio *pro persona*, esto generó un efecto positivo en materia de justicia ya que se obliga a los jueces a hacer uso de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y realizar una interpretación de la norma conforme al principio *pro persona*. Dotando con ello de amplias facultades y de diversos instrumentos para lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales, incluida la presunción de inocencia.

Consecuentemente a lo anterior, solo basta razonar el sistema supranacional establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 7° se establece un catálogo de derechos con los que se procura tutelar el derecho a la libertad personal, entre los que se destacan que nadie puede ser privado de la libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas en la leyes o constituciones de los respectivos países miembros, que deba aplicarse un plazo razonable para la duración del encarcelamiento preventivo, que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. La realidad es que la prisión preventiva en la práctica se ha convertido en una medida de anticipación punitiva en muchos casos más extendida que la propia condena impuesta mediante sentencia judicial. Panorama anterior, que ha llevado a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncie en más de una ocasión resaltando que la libertad debe ser la regla general y no así la privación de la libertad, sobre todo cuando ésta se efectúa de forma preventiva.

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

Por consiguiente, podemos observar que al instaurar la presunción de inocencia como un derecho fundamental dentro de nuestro sistema jurídico se generaron diversos efectos en materia procesal y extra procesal, ya que la presunción de inocencia se debe observar desde el momento en que la autoridad tiene conocimiento del delito e inicia la investigación hasta que el juez emite la sentencia definitiva, no se limita únicamente a ser observada por la autoridad jurisdiccional,

sino que debe ser de observancia general. Nuestro máximo tribunal ha señalado que la presunción de inocencia se debe de entender como regla de trato procesal; regla probatoria y regla de trato en su vertiente extra procesal, incluso en la contradicción de tesis 200/2013 la Suprema Corte de Justicia de la Nación le reconoce el carácter de derecho fundamental de toda persona. En la actualidad y para el Estado mexicano, la presunción de inocencia constituye un derecho humano constitucionalizado, que lejos de ser de carácter teórico, representa un derecho insoslayable para todos, cuya extensión debe considerarse no sólo a la luz de la fracción I, inciso B, del artículo 20 constitucional o bajo lo establecido por el numeral 13 del Código Nacional de Procedimientos Penales, sino inserto bajo principios fundamentales de todo proceso penal conjuntamente con la defensa adecuada, debido proceso, *pro persona*, no autoincriminación, *non reformatio in peius*, exacta aplicación de la ley penal y *non bis in idem*, también protegidos por nuestra máxima legislación.¹⁶

Como ya se ha visto, la autoridad jurisdiccional no puede imponer libremente la prisión preventiva, pues sería una facultad absoluta, que está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad de la medida, de proporcionalidad a la gravedad del hecho que se imputa.

Bajo similar premisa, la prisión preventiva oficiosa es una sanción anticipada, como quiera que se le designe o justifique, destruye la presunción de inocencia, principio fundamental del sistema penal acusatorio, sin que el imputado tenga la posibilidad real de ejercer la garantía de audiencia previamente a tal resolución, con ello se incumple el debido proceso, al colocar al acusado en una situación de desventaja fáctica y jurídica respecto a la parte acusadora, igualdad esencial para el ejercicio de los derechos procesales, porque antes de determinar la responsabilidad penal plena, ya es sancionado, aunado a que toda interferencia o restricción a los derechos humanos, en un Estado social y democrático de derecho, debe ponderarse y no aplicar la ley de forma mecánica, sin analizar las características de cada caso, recordando la frase de seres inanimados, de Montesquieu al señalar cómo los jueces debían realizar el ejercicio de la jurisdicción, todo ello hoy contrario al avance de la cultura jurídica prevista en la Convención ADH y al progreso de la tecnología.¹⁷

Por esa razón, la prisión o detención preventiva, vista así como medida cautelar personal mediante la cual es posible restringir la libertad de un individuo debe con el tiempo, traducirse en una herramienta cada vez más excepcional en contraste con el respeto de la presunción de inocencia, permitiéndose su empleo sólo de forma necesaria y provisional bajo criterios racionales y procesales, como cuando se verifique la existencia de que el procesado está en condiciones de obstruir el de-

¹⁶ Aguilar López, M. Á.: *Presunción de ...cit.*, p. 115.

¹⁷ Charles Louis de Secondat, M.: *El Espíritu ...cit.*, p. 168.

bido ejercicio de la justicia o que resulte probable que no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia, siempre y cuando se opte primero por una medida más proporcional y menos contundente que la limitante de la libertad.

En ese orden de ideas, el propio artículo 19 constitucional establece la posibilidad de que los ordenamientos procesales de las entidades federativas y de la federación, incorporen una excepción al diseño normativo de las medidas cautelares y de la prisión preventiva recién explicada. Se prevé que el juez aplique prisión preventiva para los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios especialmente 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, si el ministerio público logra acreditar, en audiencia, las condiciones exigidas para vincular a proceso por esos delitos. La decisión sobre medidas cautelares es evidentemente revisable, tan es así que expresamente se prevé que se podrá revocar la libertad de los individuos ya vinculados a proceso, cuando se acrediten los extremos previstos en la propia Constitución y de conformidad con lo que disponga la ley.¹⁸

No pasa desapercibido que, el garantismo penal que informó nuestra reforma constitucional de 2008, encontró, en la prisión preventiva oficiosa, una contradicción *per se*, al modelo acusatorio. De ahí que esta medida cautelar lejos de aco-tarse, se ha ido ampliando en el pacto federal legitimando desde el más alto rango normativo, su utilización en un proceso que se estima garantista.

Simultáneamente, Manzini ha expuesto que es *un contrasentido jurídico, nada más burdamente paradójico e irracional*, pues no cabe pretender la inocencia de un sujeto que se encuentra procesado, precisamente, por haber indicios incriminatorios en su contra. Bajo esta línea, dicho autor exhorta que resulta más apropiado hablar de presunción de culpabilidad.¹⁹

Reflexiono con ello, la presunción de inocencia, es una de las garantías fundamentales que posee toda persona imputada de la comisión de un delito, pues se le considerada inocente en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad. Se resguardará la presunción de inocencia, cualquiera sea el grado de verosimilitud de la imputación, pues se es inocente hasta que el Estado, por intermedio de los órganos judiciales, pronuncie en una sentencia penal firme una declaración de culpabilidad y le imponga una pena, producto de un juicio previo.

Resultado de lo anterior, el *periculum in mora*, constituye el verdadero sustento de la prisión preventiva, la misma que se aplicará cuando exista indicio o evidencia razonables, de que el imputado eludirá el proceso o que obstruya en los actos de

¹⁸ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, con Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 12/12/2007, pp. 33 y 34. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf> fecha 13/11/2022.

¹⁹ Manzini, V.: *Tratado de...cit.*, p. 253.

investigación. El peligro procesal, presenta dos supuestos: la intención del imputado de eludir la acción de la justicia peligro de fuga; y, la intención de perturbar la actividad probatoria. El peligro de fuga, consiste en el peligro de que el imputado no se someta al procedimiento penal ni a la ejecución.

Por consiguiente, el principio de inocencia es una garantía fundamental que impide que se trate como culpable a quien se le imputa un hecho punible, hasta que se dicte sentencia firme que rompa su estado de inocencia y le proponga una pena. La presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y trato de inocente, sino también de seguridad que aplica la no oficiosidad por parte del Estado a nuestra libertad de manera ilegal.

III. La prisión preventiva en el Código Nacional de Procedimientos Penales

En una retrospectiva del derecho penal, de acuerdo con el artículo 167, la prisión preventiva no requiere de un estándar reforzado de pruebas sobre la culpabilidad del procesado, los motivos por los cuales el ministerio público puede solicitar al juez la aplicación de la prisión preventiva se contienen en el primer párrafo del artículo 167, y básicamente tienen que ver con la posibilidad de fuga del procesado, con impedir que pueda obstaculizar el proceso o con la protección de la víctima o a otras personas. Estos motivos están bien, pero no son suficientes. El primer punto es la existencia de las pruebas suficientes que hagan presumible, con bastante certeza, la culpabilidad del procesado, esto es, no solamente su presunta responsabilidad, sino casi su culpabilidad. Es claro que el ejercicio de la acción penal tiene que estar apoyada en las investigaciones del ministerio público y en pruebas que acrediten, por un lado, la comisión de un delito y por otro lado, la probable responsabilidad del procesado, pero la procedencia de la prisión preventiva, la posibilidad de enviar a una persona a prisión aun cuando todavía no ha sido condenado por un juez tendrá que fundarse en mayores datos de prueba, o como lo ha dicho la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en pruebas que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso.

No obstante, lo único que garantiza la comparecencia de un imputado al juicio es mantenerlo recluido. Esto es, no es lo mismo que la prisión preventiva sea utilizada cuando el juez tiene razones fundadas para pensar que el procesado puede eludir la acción de la justicia, que es lo que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que decirle al juez que tiene que garantizar la comparecencia del procesado en el juicio, pues esto, prácticamente implica en todos los casos. La prisión preventiva oficiosa, no es otra cosa que la obligación que tiene el juez de imponer esta medida cautelar a todas las personas que son acusadas de cierto tipo de delitos graves. Es decir que, en estos casos, son la simple acusación del ministerio público, el juez está obligado a imponer la medida de prisión preventiva.

Esta disposición, tal como se encuentra prevista en el Código Nacional de Procedimientos Penales, es abiertamente transgresora del principio de presunción de inocencia prevista en el código, en la Constitución, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y es igualmente contraria a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que, además de exigir los requisitos a que ya he referido para la procedencia de la prisión preventiva, expresamente ha señalado que esta medida cautelar no puede estar determinada por el tipo de delito del cual se es acusado, y ni siquiera, por la supuesta gravedad del delito que se le imputa al procesado. Ciertamente el código no hace sino repetir textualmente lo que establece el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución. Así las cosas, el hecho de que esta disposición legal sea constitucional, no implica que sea acorde con la protección que ameritan los derechos fundamentales de los seres humanos, ni mucho menos, que cumpla con los estándares establecidos en los Tratados Internacionales de los cuales México es parte, ni tampoco con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, parece que lo que en realidad promueve el Código Nacional de Procedimientos Penales no es la reducción de la prisión preventiva, sino su conservación y quizá, hasta su incremento.

IV. Consideraciones personales

Primera. Es inadmisible que en nuestro país siga existiendo una sensatez populista de que si se detiene a las personas sea bajo una presunción de culpabilidad. Anular la prisión preventiva oficiosa no sólo es una salida notable para aliviar el problema de las detenciones arbitrarias en México, sino que también permitiría contener la sobre población del sistema penitenciario.

Segunda. La prisión preventiva oficiosa es una figura incompatible con las normas internacionales de derechos humanos. Su vigencia es contraria al carácter excepcional de la prisión preventiva, desconcierta la naturaleza procesal de la medida cautelar y lesiona los derechos a la libertad personal y el debido proceso. La Suprema Corte de Justicia de la Nación cuenta con la posibilidad de remontar el criterio adoptado en la Contradicción de Tesis 293/2011 y permitir la aplicación plena del principio *pro persona*, tal y como también lo han planteado los Organismos Internacionales de Derechos Humanos. Los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado mexicano pueden ser invocados para analizar los casos en que se aleguen violaciones a los derechos humanos, pues los mismos pertenecen a nuestro sistema jurídico y existe un compromiso internacional del Estado para hacer efectivos los derechos humanos reconocidos en los mismos.

Tercera. La presunción de inocencia es un derecho fundamental consagrado para la práctica del derecho penal y su ejecución, por esa razón, se pretende destacar lo importante que puede resultar su apropiada aplicación para afirmar que una persona es inocente o no lo es, sería ilógico decir que alguien es culpable sin que un juez lo determine, es decir, exige que el juez de control o el tribunal de enjuiciamiento adquiera la certeza de que el imputado cometió el delito. Finalmente, para que la prisión preventiva sea compatible con este derecho está regulada con carácter excepcional, respetando su proporcionalidad con la gravedad del hecho imputado y fijándole una limitación temporal.

V. Bibliografía.

- Aguilar López, Miguel Ángel: *Presunción de inocencia, derecho humano en el sistema penal acusatorio*. Instituto de la Judicatura Federal. México. 2015. Primera edición.
- Carbonell Sánchez, Miguel: “Artículo 19, prisión preventiva”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México. 2016. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Ferrajoli, Luigi: “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”, en *Epistemología jurídica y garantismo*. Editorial Fontamara. México. 2004.
- Flores Gómez, G. Fernando y Carvajal Moreno, Gustavo: *Nociones de Derecho positivo mexicano*. México. Porrúa. 1982.
- Manzini, Vicenzo: *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo I. Editorial Reforma. Primera edición. 2011.
- Montesquieu: *El espíritu de las leyes*. Madrid. Sarpe. 1984.
- Schneider, Hans Peter: *Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales*. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1991.
- Vázquez, Daniel: *Test de razonabilidad y derechos humanos*. UNAM. México. 2016.
- Welzel, Hans: *Derecho penal alemán*. Editorial Jurídica de Chile. Cuarta edición. 1997.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Manual de derecho penal*. México. Cárdenas Editor y distribuidor. 1988.

Fuentes electrónicas

- <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lnmascmp.htm>
- <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/prisi%C3%B3n/prisi%C3%B3n.htm>
- <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>
- <http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison->
- <https://www.ohchr.org/es/press-releases/2022/09/mexico-should-overturn-mandatory-pre-trial-detention-un-experts>
- http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Prisi_n_Preventiva.shtml

NO SOLO EN EL MES DEL #ORGULLO TODO EL AÑO TE APOYAMOS

MATRIMONIO IGUALITARIO
ADOPCIÓN HOMOPARENTAL
RECONOCIMIENTO DE IDENTIDAD DE GÉNERO
BENEFICIARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL



ifdpdefensatel.cjf.gob.mx

Las 24 horas los 365 días del año

La jerarquía constitucional en vilo. Organización productiva y trabajo infantil

Alejandro Santiago Monzalvo*

Hemos pensado que la Constitución podría estar allá arriba, glorificada en las esferas del poder al que deslumbra [...] en vez de pensar que debiera estar (también y) antes de todo en las relaciones interpersonales [...] y, después, hacia arriba, hasta ese círculo más amplio que coincide con la colectividad nacional, y después más allá aún, a fin de que los principios de valor universal que contiene la misma puedan expandirse, junto con los contenidos en las otras Constituciones, para construir contextos constitucionales supranacionales

Gustavo Zagrebelsky

RESUMEN: El texto presente es el primero de una serie de artículos de difusión sobre el texto constitucional y la infancia y la juventud, busca también pensar los resortes de la voluntad en esos años de vida, los mismos que configurarán la vida adulta de las personas, por lo que esos aspectos de la vida biológica, o *vida nuda* de las personas, frente a la vida social construida, con sus supuestos, con sus referentes, con la constante tarea de fijar criterios en un orden normativo para la vida social, habida consideración de privilegiar en el pensamiento, en la palabra, en la obra e incluso en la omisión la interpretación más amplia para la persona, según el modo de hablar garantista con dominio de derechos humanos. En este texto iniciamos con la reflexión de la base material que condiciona los modos de vida, y las formas de vida de las personas, en el contexto en que deban reproducirse como elementos de la vida social, dejando para posterior entrega, el análisis del orden jurídico con sus reglas y excepciones, hasta mostrar las historias de vida que secundan estas reflexiones constitucionales de la vida social.

SUMARIO: Introducción. I. Autonomía personal y dominio. De la intervención del otro al poder de usar y disponer de lo suyo. II. La fuente normativa y la argumentación en el derecho en relación con la vida emancipada del menor en tanto sujeto de derechos y obligaciones. III. Derecho al trabajo digno en relación con el desarrollo de la persona. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

Introducción

Hoy en día los sistemas normativos realmente existentes han recuperado como *semilla racional* la dignidad de la persona, lo cual ha tenido implicaciones en categorías jurídicas que sustentaban la aplicación normativa de tales sistemas. Categorías construidas otrora desde supuestos como el de la homogeneidad cultura, el

* Defensor Público Federal.

paradigma del Estado Nación y el de la jerarquía constitucional. De igual manera, el discurso que definió a la niñez y a la juventud estuvo atado largos años a la concepción de tutela y minoría, a pesar de que son estadios que derivan necesariamente en la vida adulta, razón suficiente para adoptar de mejor manera el prisma de la universalidad de los derechos humanos que precisan devenir derechos fundamentales, lo que requiere que el ejercicio de argumentación se torne, uno extraído desde la intersección entre la validez del derecho, su eficacia y su justicia, y no sólo desde la regla de la supremacía constitucional.

De manera tal que los sistemas normativos estén reconfigurando su orden para reincorporar a la justicia para adolescentes, principios rectores de suma importancia, cuya finalidad subyacente denota un nuevo empuje dentro de la política pública de la protección de la familia; y para ello, el interés superior de la niñez constituye precisamente la parte medular de ese constructo protector de la familia, pues del núcleo familiar el niño, el joven que devendrá adulto, es que precisa su primera protección, frente una inercia de tutelas y minorías concebidas por un *adul-tismo* que resultó alienante para la vida adulta.

Precisamente esa alienación del menor, que le concibió únicamente como depositario de las expectativas del adulto, hubo de ser cuestionada ante la fuerza y necesidad del fenómeno de la reintegración social fundada en la familia, y ante la amenaza siempre latente de la disolución familiar proveniente de la experiencia de uno o varios miembros de la familia que se han tenido que enfrentar al sistema de justicia penal, no sólo a sus prácticas anquilosadas, sobre todo, a sus interpretaciones carentes de interpretaciones amplias.

En efecto, la complejidad que envuelve la aplicación de la ley a grupos etarios diversos, resulta en una especialización como principio que debe ser aplicado en el sistema integral de justicia para adolescentes, lo que refuerza nueva concepción en la práctica de los operadores jurídicos; aspectos tales como la defensa técnica especializada, la participación de los padres o responsables en el proceso, la aplicación de la ley más favorable, aspectos de aplicación directa y bajo la norma de la prohibición de la discriminación son parte de una serie de derechos y garantías sustantivas al momento de conocer sobre legalidad y lesividad de la conducta juvenil, la misma que debe ser abordada con un perfil de humanidad, de derechos y garantía sustantivas, pues se trata de un grupo etario que ahora es considerado como sujeto de derechos y obligaciones, ya no sólo como objeto de tutela o sometido a discursos de minoría de edad.

También aspectos de suma importancia como la racionalidad, proporcionalidad y determinación de las medidas cautelares y de sanción, la presunción de inocencia, las garantías de la detención, el conocimiento de la imputación, la privacidad, el derecho a recurrir, se convierten en el bastión argumentativo con el que niños y jóvenes hacen frente a una situación de conflicto con el sistema de justicia

para su interacción con los sujetos procesales y los órganos del sistema que decidirán su suerte. Cabe decir, en relación con los sujetos procesales que intervienen en el proceso deberán abordar y orientar la causa del adolescente con acciones de búsqueda de procesos restaurativos, de mecanismos alternos, de mediaciones que resultan fundamentales en el intento de que la juventud involucrada comprenda su responsabilidad, se logren acuerdos reparatorios y se privilegien medidas no privativas de libertad para tratar el caso.

I. Autonomía personal y dominio. De la invención del otro al poder de usar y disponer de lo suyo

A propósito de la minoría de edad, hoy sólo llamada niñez o juventud es vista hoy con la perspectiva de forjar una autonomía personal, simplemente porque la aspiración de autonomía de las personas es de suma importancia para el desarrollo de los derechos subjetivos, y a la vez no da luz sobre la dinámica de la forma de organización familiar en que se desarrollan los niños y jóvenes cuya trascendencia cultural, económica e identitaria en nuestras sociedades contemporáneas, para lo cual se ha retomado impulso en el lenguaje del derecho *de gentes*¹ o *derecho internacional de los derechos humanos*, en el que se contempla la más amplia protección a la persona como principio normativo personalísimo.

Cierto, la búsqueda de la libertad con dignidad es un filón de la complejidad humana que es necesario no perder de vista en una época que convierte el alcance de los derechos subjetivos, en la bandera ideológica y estrategia de formación de subjetividades que cuidan de su individualidad y persiguen su proyecto de vida en plena libertad como lo exige la lógica del ser,² y para asegurar esa libertad, se impone la prohibición de discriminación y esclavitud, vistas como formas de subordinación alienante³ que se contraponen con el bastión ideológico de los derechos humanos que domina el horizonte discursivo de nuestra época.

Ahora bien, está *libre determinación* o autonomía personal responde a la necesidad de que el individuo, el componente elemental de la vida social, la persona, quede protegida bajo la prohibición de atentar contra la dignidad humana y la libertad del ser, como primera faceta de la negación al dominio o imposición, es decir, la individualidad subjetivada opera como oposición a la hegemonía,⁴ la cual, por cierto, como esencia de ese mecanismo, a fuerza de práctica, ha perfeccionado la manera de negar, someter, excluir; véase sino la idea de la *representación*, hoy

¹ Ferrajoli, L.: *Derecho y...* cit.; Santiago Monzalvo, A.: "La situación... cit. pp. 129-158. De hecho, sólo en años recientes, el derecho internacional ha reconocido a los individuos, las personas, como sujetos de protección del derecho internacional, cuando eran los estados.

² Freire, P.: *Pedagogía...* cit.; y Hegel, G.W.F.: *Fenomenología...* cit., en el que el autor concibe la lógica del ser.

³ Capítulo I. Lo colectivo. Comunidad. Colectividad. Ética comunitaria. Libertad, voluntad (decidir), crítica, Berúmen Campos, A.: "El derecho indígena... cit., pp. 191-263.

⁴ Hegel, Hegel G.W.F.: *Fenomenología...* op. cit., véase la relación amo-esclavo.

convertido en discurso democrático-científico; éste resulta en formidable mecanismo eficaz para imponer imagen o idea, o lo más importante, a través de este mecanismo, se puede acceder a la posibilidad de sustituir la realidad: precisamente esconder la omisión, el menosprecio, la expropiación del otro; de forma tal que esa imagen inventada se vierte en concepto hasta sedimentarse en la conciencia de los sujetos: la de la superioridad, la del dominio, la relación esclavo-amo⁵ surge por fuerza propia hasta cristalizarse en relación social; el amo, que conoce todos los recursos de su método hace de la representación del esclavo (del otro) el fundamento de su dominación, pues resulta que con la representación se da *invención del otro*, evidentemente no como una posibilidad, desafío o alteridad, pues el Yo supremo del gran señor, ante la conciencia de su ser incompleto, comprende que ese otro es algo que debe ser sometido, devorado, aniquilado.

El poder de esta representación se ha convertido en instrumento de operación al ser el mecanismo de la expropiación discursiva que concibe como objetos a los menores, antes que sujeto de derechos y obligaciones. La representación del menor, como mecanismo sublime que en la lógica de la dominación se aparta de la simple y burda dominación por la vía de la fuerza, antes bien, torna sublime y esperanzadora la relación de dominio al ofrecer a la persona su propia invención, la invención del otro representado, con lo que inicia el sustituir a los contarios, es decir, el amo (el adulto) y esclavo (el menor), ahora ocupan otra posición, y desde ahí, ven otro orden y sentido de las cosas, se ve lo que quien hace la invención quiere que se vea, dando paso al fenómeno de la inversión de la realidad. Y se tiene que la tutela y la minoría de edad han sido usadas en las sociedades occidentales para dar una voz pasiva a la niñez y a la adolescencia, de manera tal que sedimentaron acciones de dominio y poder sobre este grupo etario, ese poder que se ha desplegado puede verse en una matriz que hace de la negación una omisión que se entiende como relación social basado *el otro no es*. Se trata del exterminio o desaparición absolutos, aquella que busca afianzar el uso de la negación del deseo ajeno, convencer decretando la carencia de facultad de pensar o de religión, no se detiene si considera necesario mutilar los cuerpos o triturar con la fuerza de la violencia, las almas. La convivencia familiar trajo consigo usos, o más bien, al ser depositaria de los usos, prácticas y experiencias del derecho de corte tutelar, significó la constante negación del deseo ajeno del menor, condición propia que deberían sufrir niños y jóvenes a quienes se les consideraba *siervos naturales*. La minoría atribuida a estos seres, en este sentido, puede leerse como una proclama de la exclusión, hecha en voz alta, notoria para todos, con lo que la omisión del otro tiende a culminar en su desaparición, en la suspensión de derechos comunes para personas *diferentes*, he ahí la estrategia.

⁵ *Ibidem.*

Por otro lado, el menosprecio, que se explica como un *otro que no es completo, significa el sometimiento de lo distinto dentro de una totalidad*, y se instrumenta a través de un discurso que desprecia a partir de señalar “los vacíos” o carencias del otro. En un primer momento, a la niñez y juventud no se les niega su capacidad de pensar, pero se le considera inferiores pues el poder de la familia, única y totalizante, requiere de personas miserables de quien hacerse cargo en calidad de imbéciles o inferiores. Ingenuidad y falta de fe, resultando como hecho notorio que la acción de menospreciar a una persona -o colectividad-, contiene la intención de impedirle al niño, al joven la construcción de su historia en tanto sujeto activo, en efecto, el niño no inventa su autonomía e historia, la recibe; y en esa tendencia, pronto es representado, inventado, la representación, o la invención del otro, expresado en *el otro es como yo digo*, la expropiación del menor tutelado, por la vía de la proyección, constituye la estrategia de dominación más peligrosa, no implica la negación ni la desvalorización del otro, sino la usurpación de su voluntad. Acción del adulto y del Estado protecciónista e intervención civil para llevar asistencia y apoyo, a esos menores habrá que tutelarlos dado que no pueden andar por el mundo, por ahí, por si mismos, por cuenta propia y a nombre propio, sino que requieren de un representante para su actuar. La normatividad contemporánea ha adoptado la perspectiva de la alteridad para con el niño, del que es necesario un constante aprendizaje.

II. La fuente normativa y la argumentación en el derecho en relación con la vida emancipada del menor en tanto sujeto de derechos y obligaciones

Abordar la complejidad del derecho requiere de una teoría jurídica fundada en los conocimientos de la lógica que se basa en realizar la deducción trascendental de las categorías del entendimiento, así como de la filosofía del pensamiento para, a su vez, entender cómo interviene el proceso mental en la acción de modelar el mundo o realidad, importantes puntos a recuperar para el desarrollo del concepto de derecho visto desde la dignidad humana, y en esa medida, sobre los métodos alrededor de la certeza en lo que respecta a la argumentación e interpretación de la norma, entendida como acto legislativo que amerita desentrañar una interpretación del contenido de la legislación y su ubicación en el sistema normativo ahora que el artículo 1o. de la Constitución mexicana indica la búsqueda de una *interpretación más amplia* para la persona, idea contraria a la de la simple aplicación del mandato del legislador.

La reflexión contemporánea alrededor del concepto de Derecho y las decisiones judiciales en las que indudablemente subyacen la política, la moral, la igualdad y la justicia como parte de los problemas jurídicos presentes en la sociedad, y dado que el derecho debe responder a intereses múltiples y debe ser capaz de construir buenas explicaciones, es por lo que hay que ensamblar, tanto los aspectos positivo del derecho, consistente en una explicación descriptiva y moralmente neutra, así como la crítica de la analítica con su análisis conceptual que requiere de un cono-

cimiento del lenguaje para realizar su reflexión normativa y de justificación, pero también uno axiológico que devela los valores *más valiosos*, plasmados en el sentido teleológico general de la ley que se extraen del grado de conocimiento que se tenga de la sociedad, sin omitir que el aspecto hermenéutico aporta una postura de justificación, y el aspecto empírico, que dotan de objetividad a los conceptos vistos como representación intelectual del objeto; o dicho de otro modo, el aspecto complejo que el derecho encierra, encontraría conexión en un contexto entre la teoría del caso y el aspecto general de la norma, un elemento herencia del positivismo como combinatoria del derecho y la moral con la noción de coerción.

Ahora bien, al ser el derecho un concepto que tiene naturaleza interpretativa, implica evaluaciones y justificaciones morales que intervienen en su validez vista entonces como suma de derecho y moral, por lo que lo importante para nuestro estudio, radica en distinguir entre los sistemas de derecho que descansan en la subjetividad¹, o sistema que habla de derechos que la persona debe tener frente al poder y para permitir el libre desarrollo de las facultades y potencialidades del ser, incluso frente a su colectividad, en el entendido de la particularidad deontica que tenga lugar en determinado sistema, lo que se manifestaría en términos de la exigencia de derechos, o bien, en plantear obligaciones y prohibiciones precisas, cualidades que el derecho comporta, y de hecho deviene el elemento esencial para su estudio, el horizonte hermenéutico debe buscarse en una interpretación del derecho en cuatro dimensiones:

1. Interpretación garantista como el lenguaje de la libertad,
2. Interpretación con base en los principios morales como el discurso de la crítica,
3. La interpretación sistemática como lenguaje de la enajenación, y
4. La interpretación ideológico-política como el lenguaje de la arbitrariedad.

La matriz de argumentación jurídica en la que los elementos numerados anteriormente nos muestren el grado de apertura a la jurisdicción internacional que posee el orden jurídico mexicano de manera tal que su identidad sea la de la alteridad de derechos en que procura realizar las finalidades perseguidas por cada uno de los sistemas de derecho (o derechos) en colisión, y resolviendo las dificultades de aplicación tomando en cuenta las exigencias del caso concreto.

III. Derecho al trabajo digno en relación con el desarrollo de la persona

Hace más de ciento sesenta años que Marx despejó la incógnita de la explotación del trabajo en la era del capital con su teoría del valor.⁶ La transición de la moderna

⁶ *El uso de la fuerza de trabajo es el trabajo mismo. El comprador de la fuerza de trabajo la consume haciendo trabajar a su vendedor... Para materializar su trabajo en mercancías, tiene, ante todo, que materializarlo en valores de uso, en objetos aptos para la satisfacción de necesidades de cualquier clase. En efecto, El obrero no se limita a hacer cambiar de forma la materia... sino que, al mismo tiempo, realiza en ella su fin, fin que él sabe que rige como una ley de las modalidades de su actuación y al que tiene necesariamente que supeditar su voluntad. Y esta supeditación no constituye un acto aislado. Mientras permanezca trabajando, además de esforzar los órganos que trabajan, el obrero ha de aportar esa voluntad consciente del fin... De ahí se desprende el tiempo de trabajo socialmente necesario, que ayudará a comprender precisamente el proceso de explotación que trajo consigo esta forma de producir, la del capitalismo. Cf. La producción de la plusvalía absoluta. Proceso de trabajo y valorización, en Marx, C.: El Capital, cit. p. 130 y ss.*

manufactura y del trabajo moderno a domicilio a la gran industria, como él lo observó, de la mano de la legislación fabril, acelerarán el *abaratamiento de la fuerza de trabajo* sustentada en la explotación abusiva de la entonces incipiente mano de obra femenina e infantil, *a la que se le despojó de todas las condiciones normales de trabajo y de vida, en la medida en que se ensayaba la simple brutalidad del trabajo intensivo y del trabajo nocturno.*

Efectivamente, la gran producción de plusvalía arrancada a esta mano de obra se debía –y se debe– principalmente a los salarios mínimos estrictamente indispensables para vegetar, unidos a unas jornadas de trabajo que representan el *máximo* de lo humanamente posible, de ahí que la máquina se haga necesaria para pasar de una plusvalía absoluta a una relativa.⁷

En las sociedades capitalistas europeas de la época se instaló la máquina, cuya tendencia universal a instalarse por doquier e insistir en llamarse *inteligencia artificial*, trajo como consecuencia desalojar de la industria a las mujeres viejas y a los obreros manuales más flojos⁸, no así a las mujeres ni a los niños de corta edad, quienes destruyen el monopolio de los hombres en los trabajos pesados, al contar con la máquina, y con la llegada de estos artefactos cree iniciar, a su vez, el camino de su *liberación*, o sea, su decisión de participar en el proceso de enajenación y explotación por cuenta propia;⁹ no obstante, en efecto, la inercia de un sistema naciente apoyado en la industria propició más bien que el trabajo femenino e infantil se fundiera en los años venideros con la industria maquinizada para abaratar la fuerza de trabajo. Los trabajadores habrán perdido, con la llegada de la máquina el control de la producción basada en la fuerza y pericia muscular para ser abandonados a simples espectadores, y con el afianzamiento del sistema, quedarán al margen del control del producto final. La mano de obra femenil, infantil y juvenil verán pasar de largo la posibilidad de mantener y construir una conciencia para sí, abandonándose a devenir conciencia para otro: el señor del capital, como en su momento fue arrastrado el hombre, el obrero. Sobre todo, nace la inercia del sistema mundial capitalista en el que el trabajo femenino e infantil se fundiría en los años venideros con la industria maquinizada para abaratar la fuerza de trabajo.

⁷ *una manufactura tan destacada ante los ojos del mundo (la inglesa) nos siga llevando por mucho tiempo la mácula de que sus grandes avances vayan aparejados con la degeneración física, toda suerte de sufrimientos corporales y la muerte prematura de la población obrera a cuyo trabajo y a cuya pericia debe esa industria resultados tan magníficos*, Ibídém, p. 190 y ss.

⁸ Es sumamente interesante cómo, con el tiempo, se fue asentando como ley natural *la naturaleza de la recompensa a los más aptos y el castigo a los más inútiles*. Cf. Galeano, Eduardo: *Patas arriba. La escuela del mundo al revés*. México, Siglo XII editores, 2012. En efecto, *unos no duermen por la ansiedad de tener las cosas que no tienen y otros no duermen por el pánico de perder las cosas que tienen*. Ahora bien, dice Gramsci, *Toda relación de hegemonía es necesariamente un rapport pedagógico y se verifica no sólo en el interior de una nación, sino internacionalmente...*, Cf. Gramsci, Antonio: *La alternativa pedagógica*, México, Fontamara, 1992, 3^a. Edición. Por otro lado, leemos que *Lo que denominamos “conocimiento” es el mapa de los caminos de acción y pensamiento que, en ese momento del curso de nuestra experiencia, han resultado viables para nosotros*. Cf. Pakman, M.: *Construcciones...* cit., p. 30.

⁹ ...una es la conciencia independiente que tiene por esencia el ser para sí, otra la conciencia dependiente, cuya esencia es la vida o el ser para otro; la primera es el señor, la segunda el siervo... Hegel G.W.F.: *op. cit.*, p. 129 y ss.

La legislación fabril que entonces surgió, más como una primera reacción consciente y sistemática de la sociedad contra sus explotadores, dio paso a lo que hoy conocemos como derecho laboral, con el que se pensaron cláusulas sanitarias y educativas en un primer momento, se abarcó el espectro de las condiciones de trabajo, la duración de la jornada laboral, los períodos de descanso, los fondos de previsión, alcanzando las contradicciones de la relación laboral a desarrollar el progreso de la vida material de los trabajadores, por ejemplo, con el derecho a la seguridad social y al seguro social, el que se refiere, a su vez, al derecho a gozar de la red de servicios de seguridad social en casos de enfermedad, paternidad, viudez, desempleo, invalidez, etcétera, y al mecanismo que hace posible el sostenimiento del sistema, el abono continuo de los patrones sobre una parte del salario de los trabajadores, para que accedan a esas prestaciones.

Es más, el discurso garantista y libertario del derecho contenido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo permiten acuñar la idea de la más amplia protección y asistencia a la familia, para lo cual se impone la obligación de prestar protección a las madres antes y después del parto, otorgarles licencia remunerada y otras prestaciones, claro está, si trabajan, así como adoptar medidas para asistir y proteger a niños y adolescentes de la explotación económica y social, por cierto.

Paralelamente a la protección de la familia se tiene el llamado derecho a un nivel de vida adecuado, que entiende que el acceso a alimentación, vestido y vivienda adecuados, así como a la mejora continua de las condiciones de existencia es lo que debe perseguirse bajo el principio de progresividad, quizás por eso, incluso se establece¹⁰ el derecho a contar con un trabajo elegido o aceptado libremente, como

¹⁰ Véase el contenido del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo, que proyecta La protección contra el hambre prevé mejorar métodos de producción, conservación y distribución de alimentos; divulgar principios de nutrición y perfeccionar los regímenes agrarios, entre otros. El artículo 12 dice que se busca el derecho al más alto nivel posible de salud, y establece la obligación de adoptar medidas para reducir la mortalidad y la mortalidad infantil; asegurar el sano desarrollo de los niños; mejorar la higiene del trabajo y del medio ambiente; prevenir y tratar enfermedades epidémicas, endémicas y profesionales, así como asegurar la asistencia médica a todos. En los Artículos 13 y 14. Derecho a la educación. Implica orientar la educación al desarrollo de la personalidad humana, la dignidad y el respeto a los derechos humanos. Reconoce la obligatoriedad de la primaria gratuita; la generalización de la secundaria y la accesibilidad de la enseñanza superior en función de las capacidades, implementando progresivamente su gratuidad; asimismo, contempla continuar la educación de adultos; desarrollar programas de becas, y mejorar las condiciones materiales de los maestros, así como el derecho de padres y tutores de elegir la educación de sus hijos o pupilos. Artículo 15. Derecho a participar en la vida cultural y a gozar del progreso científico. Comprende el derecho a la protección de los intereses morales y materiales por las obras científicas o artísticas producidas. Establece la implementación de medidas sobre conservación, desarrollo y difusión científico-cultural y el respeto a las libertades de investigación científica y de creación. En síntesis, se dice que los derechos económicos, sociales y culturales se consideran derechos de igualdad material por medio de los cuales se pretende alcanzar la satisfacción de las necesidades básicas de las personas y el máximo nivel posible de vida digna. Así, se tiene el Artículo 6. Derecho al trabajo. Comprende el derecho a contar con un trabajo elegido o aceptado libremente, mediante el que las personas se puedan ganar la vida. Los Estados deben garantizarlo y adoptar programas de formación, normas y técnicas para el desarrollo económico, social y cultural, así como la ocupación plena y productiva. Artículo 7. Derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. Establece el salario mínimo y el goce del mismo salario por trabajo igual; medidas de seguridad e higiene; igualdad de oportunidades en promociones por capacidad y tiempo de servicio; el límite del horario laboral y la remuneración de días festivos, entre otras. Artículo 8. Derecho a fundar sindicatos, afiliarse y el derecho de huelga. Se establece también el derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones y el de éstas a fundar y afiliarse a organizaciones sindicales internacionales, así como su derecho a funcionar sin obstáculos, sólo con las limitaciones establecidas por ley, necesarias para proteger los derechos y libertades ajenas. Artículo 9. Derecho a la seguridad social y al seguro social. Se refiere al derecho a gozar de la red de servicios de seguridad

las relaciones de producción lo han establecido como estándar en años recientes, derecho mediante el que las personas se puedan ganar la vida, por cierto, para lo cual, es el Estado quien deben garantizarlo y adoptar programas de formación, normas y técnicas para el desarrollo económico, social y cultural, así como la ocupación plena y productiva. En ese sentido, el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo comprende el salario mínimo y el goce del mismo salario por trabajo igual; medidas de seguridad e higiene; igualdad de oportunidades en promociones por capacidad y tiempo de servicio; el límite del horario laboral y la remuneración de días festivos, entre otras.

No obstante, la contradicción de la relación productiva evidenció que, a pesar de estas cláusulas, se forzaba a los obreros, a sus mujeres y a sus niños a trabajar *a todas horas del día*. En la actualidad, se dice, a los niños y a los obreros jóvenes se les hace trabajar más que en ninguna época anterior¹¹, pues en lo que respecta al trabajo del obrero infantil y juvenil¹², paradójicamente, se tienen tintes diversos cuando de explotación humana se trata. Diversas investigaciones¹³ nos dan cuenta

social en casos de enfermedad, paternidad, viudez, desempleo, invalidez, etcétera, y al mecanismo que hace posible el sostenimiento del sistema, el abono continuo de los patronos sobre una parte del salario de los trabajadores, para que accedan a esas prestaciones. Artículo 10. Derecho a la más amplia protección y asistencia a la familia. Contempla el derecho a contraer matrimonio libremente; la obligación de prestar protección a las madres antes y después del parto, otorgarles licencia remunerada y otras prestaciones, si trabajan, así como adoptar medidas para asistir y proteger a niños y adolescentes de la explotación económica y social. Artículo 11. Derecho a un nivel de vida adecuado. Comprende el acceso a alimentación, vestido y vivienda adecuados, así como a la mejora continua de las condiciones de existencia. La protección contra el hambre prevé mejorar métodos de producción, conservación y distribución de alimentos; divulgar principios de nutrición y perfeccionar los regímenes agrarios, entre otros. Artículo 12. Derecho al más alto nivel posible de salud. Establece la obligación de adoptar medidas para reducir la mortalidad y la mortalidad infantil; asegurar el sano desarrollo de los niños; mejorar la higiene del trabajo y del medio ambiente; prevenir y tratar enfermedades epidémicas, endémicas y profesionales, así como asegurar la asistencia médica a todos. Artículos 13 y 14. Derecho a la educación. Implica orientar la educación al desarrollo de la personalidad humana, la dignidad y el respeto a los derechos humanos. Reconoce la obligatoriedad de la primaria gratuita; la generalización de la secundaria y la accesibilidad de la enseñanza superior en función de las capacidades, implementando progresivamente su gratuidad; asimismo, contempla continuar la educación de adultos; desarrollar programas de becas, y mejorar las condiciones materiales de los maestros, así como el derecho de padres y tutores de elegir la educación de sus hijos o pupilos.

¹¹ Un artículo actual para rastrear el reacomodo del capitalismo lo tenemos en Santiago Monzalvo, A.: "El derecho agrario... cit.

¹² La medición cuantitativa de los niños y niñas que trabajan abarcará a los niños y niñas que declaran que durante el periodo de referencia trabajaron en la producción de bienes y servicios económicos; definidos según y cómo lo hacen los Sistemas de Cuentas Nacionales (SCN) y de Balances de las Naciones Unidas. Esta definición engloba los siguientes puntos: Las personas con un empleo remunerado (en metálico o en especie); Los trabajadores independientes; Los trabajadores por cuenta propia; Los aprendices que perciben una remuneración en efectivo o en especie. Los trabajadores de la familia que no perciben remuneración y que producen bienes o servicios económicos para el propio consumo del hogar.

¹³ Dávalos, J.: *Derechos de...* cit.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Informe anual 2012*.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Niñez Migrante sin fronteras*. Octubre 2006.

Fyfe, Alec: *El movimiento mundial contra el trabajo infantil. Avances y Dirección Futura*. Ed. OIT. España 2009.

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. *El trabajo Infantil en México. 1995-2002*. México 2002.

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, 2011*

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. *Módulo de Trabajo Infantil Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo 2009*. Documento metodológico 2009. México 2012.

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. *Módulo de Trabajo Infantil Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo 2011. Documento metodológico 2011*. México 2012.

Italo Morales, Hugo: *La Organización Internacional del Trabajo, conceptos fundamentales*. Ed. Sista. México 2010.

de la moderna explotación infantil: agricultura, minas y canteras en el que los niños descienden hasta las entrañas de la tierra para arrastrarse por túneles improvisados, angostos, impracticables y escasamente iluminados, sexo, pesca de altura en el que se obliga a bucear sin el equipo de protección adecuado, en los buques de pesca trabajan entre 300 niños entre los 10 y 15 años pasando hasta 12 horas diarias recogiendo redes varias veces al día, aquí los pueden atacar peces de presa, tiburones, barracudas, serpientes de mar, etc. Los riesgos principales son las altas temperaturas, lesiones producidas por trozo de vidrio, mermas auditivas contacto con polvo, vapores tóxicos y plomo, fábrica de cerillas y fuegos artificiales en que se aspiran vapores y sustancias nocivas además del riesgo de incendio, como en las fábricas de cerámica y de productos de vidrio y cristal en que trabajan largas horas, de noche y se daña el sentido del oído, o bien, se tiene el fenómeno de las personas en movilidad, la migración infantil incluida,¹⁴ etc., son ejemplos de una realidad que ha dejado de asombrarnos.¹⁵ Al menos ahora, se cuenta con el referente de la necesidad de conceptualizar el trabajo infantil, para llamar a esa realidad cruda y sorda por su nombre.¹⁶

Kane, J.: *Comprender el...* cit.

Koninck, T.: *De la Dignidad...* cit.

Kurczyn Villalobos, Patricia: *El trabajo de los Niños. realidad y legislación*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. 89.

Lara Ponte, R.: *Los derechos humanos...* cit.

Maihofer, W.: *Estado de...* cit.

Munozcano Skimore, M. D.: ¿Trabajas o estudias? Cit.

¹⁴ Oficina Internacional del Trabajo. *El Trabajo Infantil Lo Intolerable En El Punto De La Mira*. Ed. Alfaomega. P. 70 y ss.

¹⁵ Veáse Capella, J. R.: *Fruta prohibida...* cit.. Dice el autor que existen múltiples "aspectos de la división del trabajo, que dan cuenta de que el carácter social del trabajo, que esté fragmentado, dividido, grupalmente es, como se ha visto, uno de sus rasgos fundamentales. La división del trabajo adopta modalidades muy variadas a lo largo de la historia humana y en las diferentes culturas, p. 31. Agrega, "se percibe en primer lugar una *base natural* de la división del trabajo en el seno de un grupo, que afecta a la participación en él de niños, adultos y ancianos, por una parte, y de varones y mujeres, por otra. Estudiar esta *base natural* exige bastantes cautelas intelectuales, como siempre que se habla de *naturaleza del ser humano*, ya que nuestro *ser* está fuertemente modelado por la historia, y siempre se corre el riesgo habitual de considerar equivocadamente como *natural* lo que no pasa de ser un rasgo *histórico*". agrega: "El "niño", el "enfermo" y el "anciano" no pueden tener a su cargo determinados aspectos del trabajo que exigen fortaleza física: de modo que naturalmente quedan excluidos de ellos (...) La infancia, la gestación, la ancianidad, la enfermedad, como hechos naturales, no pueden ser ignorados por la división del trabajo real sin poner en peligro la supervivencia del grupo. Pero estos hechos naturales, además de *limitaciones* inexcusables de la división, han funcionado a menudo también como *legitimadores, justificadores* de divisiones sociales históricas", p. 31, 32.

¹⁶ En el trabajo doméstico podemos hablar de que trabajan mayor número de niñas que varones, esto es, porque la propia naturaleza del trabajo lo origina así, lo que en muchos tipos de trabajo como el trabajo doméstico, en la agricultura es casi imposible establecer cuantos menores trabajan en estas condiciones, puesto trabajan ya sea en el campo otras las paredes de casas, sin embargo, no se ha establecido una tabla exhaustiva de todas las formas de trabajo existentes que realizan y estas limitan o impiden por completo la formación educacional, en buena medida, estas actividades involucran explotación, peligro o ambos en diversos grados o emociones y son llevados a cabo en condiciones que violan muchas de las previsiones sobre La Convención de los Derechos del Niño en particular el derecho de ser protegido de la explotación económica y de realizar cualquier trabajo que sea peligroso o interfiera en la educación del niño, o que sea nocivo para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

En la Conferencia Internacional del Trabajo de junio de 1999, se adoptó el Convenio 182 de la OIT, así como la recomendación 190 que lo acompaña sobre la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil para personas menores de 18 años, lo que significa la prohibición de la esclavitud infantil, en la industria del sexo, en actividades ilícitas o en ocupaciones que sean peligrosas para la salud, seguridad o moral. Dentro de las peores formas de trabajo infantil encontramos entre otras: Agricultura; Minas; Fábrica de cerámica, vidrio y cristal; Fábricas de cerillas y fuegos artificiales; Pesca de altura; Servicio

Y es que el trabajo infantil viola los derechos de los niños y niñas puesto que no les permite tener acceso a una niñez plena, tampoco les permite tener una adecuada educación, convivir en forma normal con su familia, muchas veces a tener una casa, a tener una estabilidad emocional, a jugar, a tener un libre esparcimiento, un desarrollo físico y emocional, un crecimiento normal en compañía de niños de la misma edad, pues el trabajar desde muy pequeños origina que tengan riesgos de trabajo, que se enfermen y que no tengan un desarrollo de vida normal, que no tengan un libre esparcimiento para ocupar las horas de juego por trabajar y sacar adelante a su familia, esto entorpece su educación, al no ir a la escuela impide el desarrollo normal con niños de su misma edad, el evolucionar de acuerdo a los años con los que cuenta, reír, jugar, correr, generalmente los niños trabajadores son niños tristes¹⁷, porque no cuentan con un sano esparcimiento porque sus necesidades básicas no son atendidas debidamente, porque no tienen una buena alimentación, no tienen una estimulación y la debida atención de su padres porque en la mayoría de los casos los padres también trabajan y no cuentan con el tiempo para dar los cuidados necesarios a sus hijos, entonces puede verse la afectación al derecho a la salud.

Ahora bien, ¿por qué es necesario un estudio sobre el trabajo infantil hoy en día? En una época que ha acuñado el epíteto “dignidad humana” o “trabajo digno”, más como un referente de excusación de sus horrores que como aspiración real, se hace necesario saber por qué habría de cuidarse o procurarse la edad infantil.

Veamos el fenómeno global de proporciones masivas: La Organización Internacional del Trabajo (OIT) estima que alrededor del mundo y especialmente en los países considerados “en vías de desarrollo”, unos 250 millones de niños entre los 5 y los 14 años de edad trabajan en una o más actividades económicamente productivas, remuneradas o no, de estos, y que unos 120 millones lo hacen de tiempo completo, en tanto que el resto trabaja y asiste a la escuela. En el plano regional, el mayor porcentaje de trabajo infantil se da en África con un 41% frente a un 22% en Asia y El 17% de América Latina.

Considerando que la infancia es un periodo de la vida del ser humano en el cual se desarrollan capacidades físicas, intelectuales y emotivas decisivas; el amor y la estimulación intelectual que se reciba durante la infancia permitirían a las personas forjar la seguridad y autoestima necesarias que permitirán hacer frente al entorno, comprender su sociedad. Aquellos primeros pasos en que el infante ejercita sus órganos, aprende a dominar sus movimientos y el manejo del

doméstico; Esclavitud y trabajo forzoso; Prostitución y trata de niños.

¹⁷ La felicidad es definida por el Diccionario de la Real Academia como un estado emocional que se produce en la persona cuando cree haber alcanzado una meta deseada. Tal estado propicia paz interior, un enfoque del medio positivo, al mismo tiempo que estimula a conquistar nuevas metas. Se define como una condición interna de satisfacción y alegría que ayuda a muchas personas.

lenguaje representan pequeñas grandes conquistas que repercutirán en la personalidad del futuro adulto.¹⁸

No obstante, esta etapa es también la **más vulnerable del crecimiento**. En México, según datos de UNICEF, en 2009 la población entre 0 y 5 años de edad era de 11.6 millones, de los cuales 5.9 millones son niños y 5.7 son niñas. El 61.2% de ellos se encuentra en condiciones de pobreza patrimonial y el 27.4% en condiciones de pobreza alimentaria. La desigualdad de sus ingresos y oportunidades varían con la geografía del país. Así, se tiene que en un estado del sureste como Yucatán el 61.5% de los niños menores de 5 años está en pobreza patrimonial, mientras que, en uno del norte como Sonora, el mismo rubro es de 46.5%. Esta pobreza patrimonial ha traído como consecuencia el trabajo infantil.¹⁹

Nuevos enfoques sobre la realidad de niños y niñas abandonan la visión desde una perspectiva del adulto, para adoptar otra que parte del respeto, que abandone una visión protecciónista y de tutela, aspirando a consolidar una visión en la cual se considere a la infancia como una estructura social en sí misma, en la cual se priorizaría conocer el punto de vista propio de niñas y niños, desde su construcción social, económica, histórica, política y cultural. Una tarea que está por hacerse entre los operadores del Sistema de Seguridad Pública en relación con el Sistema Penal Acusatorio Adversarial.

IV. Conclusiones

La generación actual ha concientizado la necesidad de mejorar “la situación de la infancia” y de la juventud, situación que se ha plasmado con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la cual ha dado un paso gigantesco, pues se ha dejado atrás la idea de que las niñas y niños sean considerados como “objetos de protección”, para pasar a considerarles, más bien, como “sujetos de derechos”, noción jurídica que denota la incorporación del punto de vista de los niños y las niñas.

A este respecto, el recorrido conceptual de la normatividad internacional en lo que se refiere a la protección de la infancia brota de la tensión entre dos paradigmas fundamentales, a saber: el paradigma de la doctrina de la situación irregular, el que jurídicamente es el reflejo de una serie de representaciones de cómo se trata a niñas y niños, a la juventud, actualmente derivados de “factores culturales”, en el mejor de los casos de corte paternalista, cuando más autoritarios; por otro lado, como contraste, se tiene el paradigma que sostiene la protección integral, plasma-

¹⁸ Cf. Galeano, Eduardo: *Las venas abiertas de América Latina*. México, Siglo XII editores, tercera reimpresión, 2008, en particular “Historia de una muerte temprana”, pp. 225-232.

¹⁹ Cf. Dictamen de la Comisión de Atención a Grupos Vulnerables con proyecto de decreto por el que se expide la Ley General para la Protección Integral de los derechos de la niñez. Puede consultarse en <http://www.derechosinfancia.org.mx/dictamen-11deabril2012.pdf>, consultado el 2 de octubre 2018, 15h37.

do precisamente en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Este último plantea un cambio de paradigma en la visión de lo que son niñas y niños y que conlleva cambiar las representaciones sociales y hacer este cambio transversal en todas las actividades precisamente de los operadores del Sistema de Seguridad Pública y el Sistema Penal Acusatorio Adversarial.

En su generalidad, a la infancia se le aborda desde dos puntos de vista. Por un lado, se toma a la infancia como un periodo de la vida en el que no sé es, por lo que es necesaria la tutela e incluso la propiedad privada del “menor”. A este grupo pertenecen aquellos paradigmas que, incluso reconociendo derechos, perpetúan el sometimiento a la persona adulta y mediatizan su participación. Por otro lado, la infancia es vista como lo que ya son y como espacio público. Aquí la participación es vista como derecho social y político, de tal manera que se construya una participación protagónica de la infancia.

Lograr un cambio de visión a propósito de la infancia ha sido un desafío para muchas generaciones en México y en el mundo, de tal suerte que hoy en día el reto tiene que ver con la forma en la que reconocemos a niñas y niños como ciudadanos y como sujetos de derechos. La parte sustancial consiste en dar un trato desde la equidad a la infancia, lo que ha implicado un cambio en las representaciones sociales que tienden a considerar a niños y niñas como inferiores, en la lógica argumentativa de que están en desarrollo, en este sentido, hablar del derecho de niñas y niños es algo completamente nuevo y difícil de institucionalizar.

No obstante, hay cada vez más esfuerzos para orientar los avances de la normatividad internacional sobre derechos de la infancia de tal suerte que se abandonen prácticas sociales que dejen de lado la situación de dependencia y tutela en la que viven nuestros niños, adolescentes y jóvenes para abrazar posiciones de competencias, sentimientos de pertenencia e implicación en la comunidad, participación y respecto integral. De esta forma, el foco del debate se desplaza hacia la adquisición de estos recursos y hacia las motivaciones necesarias para actuar en la esfera pública.

La Convención sobre los Derechos del Niño brinda un marco a esta nueva visión a partir de la cual la infancia pierde el carácter de subordinación ante los adultos y permite superar el carácter asistencial y de corto alcance que ha predominado en la atención a la infancia a lo largo de las últimas décadas.

Otros temas quedan por problematizar al hablar de derechos de los niños y niñas, al esquema de representaciones sociales de la infancia, que como ya se ha dicho, hacen de aquéllos propiedad familiar, es decir que hijas e hijos son propiedad de madres y padres; a esto se añaden visiones que representan a la infancia como víctima o victimaría, donde niñas y niños son vistos como seres peligrosos que generan desconfianza, estigmatización, criminalización y exclusión de la participación social; asimismo, se tiene un modelo que da como resultado que la infancia sea

cuestión privada, que niega su participación en la esfera política y social. Aunado a estos modelos anteriores, termina por ver al infante como incapaz o necesitada de ayuda para actuar como agentes sociales donde niñas y niños son manipulables y psicológicamente débiles.

Estas formas de representación trascienden el tiempo y el espacio, pero claramente reflejan la forma en que la infancia es vista como un hecho social, como aquello que las personas dicen o piensan qué es. La imagen colectiva que de ellas y ellos se elabora tendrá de forma ineludible impacto en las decisiones que afectan a niñas, niños y adolescentes.

En contraparte a estas representaciones se encuentra la sociología de la infancia que busca por un lado, mirar de forma más respetuosa a la infancia desde la perspectiva adulta y por otro, la consideración de la infancia como una estructura social en sí misma en la que algunas herramientas básicas de análisis son las perspectivas generacionales y de género, pero sobre todo el intento por conocer el punto de vista propio de niñas y niños, desde su construcción social, económica, histórica, política y cultural.

La investigación que el lector tiene en sus manos está ubicada en la pretensión de abrir debate al subrayar la necesidad de entender los espacios socioculturales en los que se mueve la infancia y el papel que juegan dentro de las diversas formaciones sociales. Dicho en otras palabras, se trata de ubicar a la infancia como un actor social a pesar del rol pasivo que en algunos momentos históricos se les ha pretendido asignar.

Es un trabajo que llama la atención sobre múltiples inconvenientes que niños y niñas viven cotidianamente, y ante los cuales es necesario formar opinión pública que repercuta en la agenda de las políticas públicas de los gobiernos, particularmente el mexicano en el ámbito federal, estatal y municipal.

La incorporación de los asuntos a la agenda se presenta entonces, como un proceso de concurrencia entre múltiples actores con diferentes prioridades visiones, intereses y preferencias que interactúan entre sí; generando consensos pero también conflictos que politizan la formulación de un problema público que culmina con la deliberación gubernamental de colocarlo o no, como un asunto de su agenda; pero también depende de la eficacia que adquiere al presión social para lograr que el gobierno lo incorpore.

Este trabajo condensa la reflexión sobre la situación laboral de niños y niñas, de tal manera que esta población tenga la oportunidad de ejercer su derecho a opinar en los asuntos que les afectan e incluso de actuar en forma organizada para hacer valer sus puntos de vista. En otras palabras, la lectura presente llama la atención sobre la necesidad de crear política pública sobre infancia de una manera integral de tal manera que esta etapa tenga los máximos referentes de bienestar y prosperidad, elementos de felicidad que serán necesarios en la vida adulta.

V. Bibliografía

- Berúmen Campos, Arturo: “El derecho indígena: pluralismo jurídico o hermenéutico”, en Correas, Óscar (coord.) *Derecho indígena mexicano I*. México. CEICH-UNAM-Ediciones Coyoacán, 2007.
- Capella, Juan Ramón: *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*. Madrid. 2006. 4^a edición.
- Dávalos, José: *Derechos de los menores trabajadores*. Cámara de Diputados, LVIII Legislatura. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 2001.
- Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón*. Madrid. Trotta. 1997.
- Freire, Paulo: *Pedagogía del oprimido*. diversas editoriales y años de publicación.
- Hegel, G.W.F: *Fenomenología del espíritu*. México. FCE. 2007.
- Kane, June: *Comprender el trabajo infantil doméstico y como intervenir*. OIT. Países Bajos. 2004.
- Koninck, Tomas De: *De la dignidad humana*. Ed. Dykinson. Madrid. 2006.
- Lara Ponte, Rodolfo: “Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano”, en Estudios doctrinales, número 151. México. Cámara de Diputados/ UNAM. 1993.
- Maihofer, Werner: *estado de derecho y dignidad humana*. Ed. Euros editores.
- Marx, Carlos: *El capital*. México, FCE, 1994, t. I. Vigesimotercera reimpresión. (Traducción Wenceslao Roses).
- Munozcano Skimore, María Dolores: ¿Trabajas o estudias? Miradas sobre el trabajo infantil. Ed. UNAM. 2011.
- Pakman, Marcelo, (Compilador): *Construcciones de la experiencia humana*. Vol. I. Barcelona. Gedisa. 1996.
- Santiago Monzalvo, Alejandro: “El derecho agrario en México en la era del nuevo imperialismo. Pérdida y readecuación de su sentido social”, en *Revista Alegatos No. 94*. Septiembre-diciembre 2016. UAM. México. Puede consultarse en <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/9>
- _____: “La situación formal de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional Algunas inconsistencias argumentativas y formalistas”, en *Revista Alegatos No. 77. Enero-abril 2011*. UAM. México.

Documentos

- Dictamen de la Comisión de Atención a Grupos Vulnerables con proyecto de decreto por el que se expide la Ley General para la Protección Integral de los derechos de la niñez. Puede consultarse en <http://www.derechosinfancia.org.mx/dictamen11deabril2012.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística Geográfica e Informática. *El trabajo infantil en México*. 1995-2002. México 2002.
- Instituto Nacional de Estadística Geográfica e Informática. *Encuesta nacional de ocupación y empleo*. 2011.
- Instituto Nacional de Estadística Geográfica e Informática: Módulo de trabajo infantil encuesta nacional de ocupación y empleo 2009. Documento metodológico 2009. México 2012.
- Instituto Nacional de Estadística Geográfica e Informática: Módulo de trabajo infantil encuesta nacional de ocupación y empleo 2011. Documento metodológico 2011. México 2012.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia: *Informe anual 2012*.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia: *Niñez migrante sin fronteras*. Octubre 2006.
- Oficina Internacional del Trabajo: *El trabajo infantil lo intolerable en el punto de la mira*. Ed. Alfaomega.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo.



Prisión preventiva vs presunción de inocencia

Óscar Enrique Castillo Flores*
Liliana Guadalupe Loya Acosta**
Antonio Aguirre López***

RESUMEN: Se explica lo que es la presunción de inocencia, sus acepciones, qué es la prisión preventiva y cómo ambas figuras colisionan en perjuicio de su carácter de derechos humanos.

SUMARIO: I. Introducción II. Las caras de la presunción de inocencia. III. Hacia la propuesta de concepto de presunción de inocencia. IV. Prisión preventiva. V. Incompatibilidad del principio de presunción de inocencia y la prisión preventiva oficiosa. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. Introducción

La presunción de inocencia es un derecho humano de carácter fundamental, el cual, se ve trastocado al imponerse como medida cautelar la prisión preventiva, como medida limitante de la libertad del individuo al estar sujeto a un proceso de carácter penal, por lo tanto, no puede imponerse sin que exista motivación al caso particular, aún en los supuestos que el delito imputado sea de los previstos en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la mera fundamentación sin apego a los principios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad es una violación grave a las garantías internacionales reconocidas a todos los seres humanos, las cuales deberán respetarse aunque la persona se encuentre sujeta a un proceso penal por la probable comisión de un delito grave.

II. Las caras de la presunción de inocencia

Estamos ante un término compuesto de dos vocablos principales, al primero de ellos, la Real Academia de la Lengua Española¹ le otorga dos acepciones: *acción y efecto de presumir*; en derecho, es el *hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado*.

Por presumir entendemos una suposición que se tiene sobre una persona u objeto según los datos que sobre ese ente se conozca. Existen indicios o señales para tomar una decisión que nos lleva a actuar en determinado sentido.

* Catedrático de tiempo completo en la Universidad Autónoma de Chihuahua.

** Jefa del Departamento de Litigio del Despacho General del Abogado de la Universidad Autónoma de Chihuahua.

*** Abogado General de la Universidad Autónoma de Chihuahua.

¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vol. II, Ed. Espasa Calpe, 23^a ed., España, 2014, p. 2103.

La palabra inocencia dentro del tecnolecto jurídico, significa no haber participado ni realizado alguna acción u omisión considerada como delito, infracción, o falta por la normatividad. Fuera del argot legal, inocencia se entiende como la falta de culpa ante un hecho, ya sea intencional o no su materialización.

Alberto Herrera Pérez² comenta al respecto:

Bajo esta óptica la inocencia se traduce en un límite al ejercicio del poder estatal al momento de emitir o aplicar actos de autoridad hacia los gobernados, pues, en principio, aquél a quien se dirige el acto materia del ejercicio de la facultad gubernativa (que incide en su esfera jurídica) no puede ser sujeto de reproche frente al orden jurídico hasta en tanto ese status de inocencia no sea legalmente desvirtuado.

La presunción de inocencia tiene como finalidad preservar en el destinatario de la norma un estado de no reproche jurídico (no culpabilidad, no responsabilidad) frente a actos de los órganos de poder...

La presunción en estudio se erige como el muro de contención para evitar la invasión total del ejercicio del *ius puniendo* en contra de quien se considera como probable responsable en la comisión de un ilícito, tal muro debe ser abatido por el Estado y probar, acorde a la normatividad, la responsabilidad del gobernado.

¿Qué tipo de presunción es la de inocencia?

Es una presunción de origen legal, porque se contiene en la fracción I del apartado B del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

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

...

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

...

Tal disposición, por encontrarse en el Capítulo I del Título I del texto constitucional y acorde con el enunciado de inicio del apartado B, nos indica que la presunción de inocencia tiene el carácter de derecho humano.

Además, el Código Nacional de Procedimientos Penales, menciona tal prerrogativa fundamental y la explica:

Artículo 13. Principio de presunción de inocencia

Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este Código.

² Herrera Pérez, A.: *El derecho a...* cit., p. 41.

El precepto legal arriba transcrito, expone que quien sea sujeto a proceso penal goza de la suposición de no haber cometido el delito, el trato a recibir será el de inocente hasta que en la sentencia se determine, en su caso, su responsabilidad en la comisión del ilícito. Se reitera la carga del Estado consistente en derrotar a presunción de inocencia, se deja a los juzgadores la obligación de analizar las pruebas y decidir si el *status* de inocente permanece en el fallo que finalice el juicio penal.

El artículo 13 citado, proporciona otra faceta de la presunción de inocencia, nos referimos a la de principio.

Entendemos que los principios son las reglas fundamentales que rigen el proceso y procedimientos legales, bajo lo anterior, la presunción en estudio se acepta como principio, pues el código adjetivo penal indica su presencia en todas las etapas del procedimiento.

Así, arribamos a tener a la figura en estudio como regla probatoria en el juicio penal, de modo que el Estado tiene la obligación de demostrar la culpabilidad del imputado, tal como lo explica Cárdenas Rioseco:³

En efecto, la sentencia condenatoria en materia penal que pretenda tener por acreditada plenamente la responsabilidad del acusado de algún delito, debe ser aportada invariablemente por el órgano acusatorio.

Es decir, que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria, impidiendo se produzca sin pruebas y teniendo la carga total de tal actividad los acusadores.

Los medios de convicción deben ser suficientes para enlazar el resultado del hecho ilícito con la responsabilidad de determinados sujetos, para estar en posibilidad de emitir fallos condenatorios.

Sobre el tema de las pruebas, es de interés la jurisprudencia:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DUDA RAZONABLE. FORMA EN LA QUE DEBE VALORARSE EL MATERIAL PROBATORIO PARA SATISFACER EL ESTÁNDAR DE PRUEBA PARA CONDENAR CUANDO COEXISTEN PRUEBAS DE CARGO Y DE DESCARGO. Cuando en un proceso penal coexisten tanto pruebas de cargo como de descargo, la hipótesis de culpabilidad formulada por el Ministerio Público sólo puede estar probada suficientemente si al momento de valorar el material probatorio se analizan conjuntamente los niveles de corroboración tanto de la hipótesis de culpabilidad como de la hipótesis de inocencia alegada por la defensa. Así, no puede restarse valor probatorio a las pruebas de descargo simplemente con el argumento de que ya existen pruebas de cargo suficientes para condenar. En este sentido, la suficiencia de las pruebas de cargo sólo se puede establecer en confrontación

³ Cárdenas Rioseco, R.: *La presunción de...* cit., p. 115.

con las pruebas de descargo. De esta manera, las pruebas de descargo pueden dar lugar a una duda razonable tanto cuando cuestionen la fiabilidad de las pruebas de cargo, como en el supuesto en que la hipótesis de inocencia efectivamente alegada por la defensa esté corroborada por esos elementos exculpatorios. Así, la actualización de una duda razonable por cualquiera de estas dos razones impide considerar que las pruebas de cargo son suficientes para condenar.⁴

La Primera Sala de la Suprema Corte tiene una variante sobre el tema de la presunción de inocencia, a la que le da el carácter de regla probatoria, es decir, que se debe atender a las características, elementos y forma de obtención de las pruebas por parte del órgano técnico acusador, para ser estimadas como válidas y, al analizarlas y valorarlas, abantan la presunción de inocencia.

Lo mencionado en el párrafo precedente se aprecia en:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA PROBATORIA. La presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de “poliedrico”, en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de esas vertientes se manifiesta como “regla probatoria”, en la medida en que este derecho establece las características que deben reunir los medios de prueba y quién debe aportarlos para poder considerar que existe prueba de cargo válida y destruir así el estatus de inocente que tiene todo procesado.⁵

III. Hacia la propuesta de concepto de presunción de inocencia

Sobre el concepto de presunción de inocencia, expone Jesús Martínez Garnelo:⁶

...un derecho fundamental, de desarrollo jurisprudencial, que asiste a todo acusado por un delito a no ser condenado sin pruebas y que éstas reúnan todas las garantías suficientes para cumplir la función del proceso de investigar la verdad.

El nombrado autor⁷ desglosa notas de su concepto, las cuales complementaremos:

a) Constituye un derecho fundamental: por mandato constitucional, no se va a dejar solo como un principio o regla de prueba como se deriva del Código Nacional de Procedimientos Penales, sino como prerrogativa esencial de toda persona suje-

⁴ Registro digital: 2013368, Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materias(s): Constitucional, Penal, Tesis: 1a./J. 2/2017 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 38, Enero de 2017, Tomo I, página 161, Tipo: Jurisprudencia.

⁵ Registro digital: 2006093, Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materias(s): Constitucional, Penal, Tesis: 1a./J. 25/2014 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 478, Tipo: Jurisprudencia.

⁶ Martínez Garnelo, J.: *La presunción de...* cit., p. 476.

⁷ *Ibidem*, pp. 476 y 477.

ta a un proceso o procedimiento, en el cual, se decidirá sobre su culpabilidad en la comisión de algún ilícito. Por lo tanto, la falta de acatamiento, es posible reclamarla a través del juicio de amparo.

b) No es técnicamente una presunción: Martínez Granelo opina que, no obstante, se le denomine presunción, en esencia no lo es, por no reunir los elementos típicos de este medio de prueba, es una verdad interina asimilable a otras, como la buena fe o la diligencia de un buen padre de familia.

Preguntamos ¿cuáles son los elementos típicos de la prueba presencial?

Para responder la pregunta, a falta de regulación expresa en el Código Nacional de Procedimiento Penales, amén de aceptarla en su numeral 388, recurriremos al Código Federal de Procedimientos Civiles en sus artículos 190 al 196, así como el 218.

- Tienen origen en las normas procedimentales.
- Se deducen de hechos comprobados, por lo tanto, son pruebas indirectas al estar supeditadas a la acreditación previa de hechos admitidos o conocidos.
- Las presunciones legales o humanas admiten prueba en contrario, a menos, para las primeras, que exista prohibición expresa en la norma.
- Quien alegue la presunción, solo debe probar los supuestos, es decir, que existan en la norma.
- Quien niegue la presunción debe contraprobar los supuestos.
- Quien impugne debe probar contra el contenido de la presunción.
- La prueba contra el contenido presencial, obliga a su sustentante a probar, aunque estaba exento por la misma presunción.
- Presunción general contra particular, obliga a quien sustente la primera a destruir por medio de pruebas la segunda. En el caso contrario debe probar cuando las pruebas de la general destruyan a la especial.
- El valor probatorio de las presunciones legales que no admitan prueba en contrario es absoluto, las otras de carácter legal, poseen tal valor, hasta ser anuladas, las demás presunciones se valoran al prudente arbitrio.

Vistos lo elementos, en nuestra opinión, Martínez Garnelo confunde la presunción de inocencia con la prueba presunciones o con su faceta de regla probatoria, la da el trato de medio de convicción, cuando las pruebas son las que deben abatir la suposición de que el procesado es libre de toda culpa.

c) Es un derecho que asiste al acusado: su titular lo utiliza en la etapa de instrucción y como enemigo a vencer. No le puede ser reducido ni negado, debe ser derrotado, superado por el caudal probatorio de la Fiscalía.

d) La presunción de inocencia no tiene aplicación alguna fuera del proceso penal o del administrativo sancionador: solo donde la consecuencia por desacatar la norma sea imponer sanciones pecuniarias o privativas, debe estar presente la presunción de inocencia.

En nuestra opinión, la presunción de inocencia también debe imperar en el derecho disciplinario, es decir, el conjunto de normas jurídicas destinadas a regular el desempeño de los servidores públicos y particulares, además de sancionar las faltas cometidas.

Sobre el tema es conducente:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO ES APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, CON MATICES O MODULACIONES. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada P. XXXV/2002, sostuvo que, de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008), deriva implícitamente el principio de presunción de inocencia; el cual se contiene de modo expreso en los diversos artículos 8, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, numeral 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; de ahí que, al ser acordes dichos preceptos -porque tienden a especificar y a hacer efectiva la presunción de inocencia-, deben interpretarse de modo sistemático, a fin de hacer valer para los gobernados la interpretación más favorable que permite una mejor impartición de justicia de conformidad con el numeral 1o. constitucional. Ahora bien, uno de los principios rectores del derecho, que debe ser aplicable en todos los procedimientos de cuyo resultado pudiera derivar alguna pena o sanción como resultado de la facultad punitiva del Estado, es el de presunción de inocencia como derecho fundamental de toda persona, aplicable y reconocible a quienes pudiesen estar sometidos a un procedimiento administrativo sancionador y, en consecuencia, soportar el poder correctivo del Estado, a través de autoridad competente. En ese sentido, el principio de presunción de inocencia es aplicable al procedimiento administrativo sancionador -con matices o modulaciones, según el caso- debido a su naturaleza gravosa, por la calidad de inocente de la persona que debe reconocérsele en todo procedimiento de cuyo resultado pudiera surgir una pena o sanción cuya consecuencia procesal, entre otras, es desplazar la carga de la prueba a la autoridad, en atención al derecho al debido proceso.⁸

⁸ Registro digital: 2006590, Instancia: Pleno, Décima Época, Materias(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: P.J. 43/2014 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, página 41, Tipo: Jurisprudencia.

e) No es equiparable al principio *in dubio pro reo*: tal principio solo protege la necesidad de absolver a todo aquel frente a quien no exista la certeza de ser el autor de un hecho ilícito. La presunción de inocencia exige pruebas que demuestren la responsabilidad, pues con ellas se debe superar la duda.

f) Es un derecho de desarrollo jurisprudencial: similar al mínimo vital, estamos ante un derecho humano desarrollado en las sentencias del Poder Judicial de la Federación, con la diferencia que el mínimo vital no se encuentra asentado de forma expresa en la Constitución Federal.

Sabemos que, conforme al artículo 14 constitucional, la jurisprudencia y tesis aisladas son la interpretación legal de la norma, el desarrollo de la presunción de inocencia se da a través de la interpretación evolutiva o bien, se adecua al caso en concreto. Las tesis exponen el contenido de la prerrogativa en análisis, acorde con las circunstancias del caso del cual emanan. Lo anterior, permite adaptar de forma rápida el alcance del derecho humano de la presunción de inocencia, acotarlo en cuanto a sus facetas de principio y tema probatorio.

En este inciso y por tratarse el tema de la jurisprudencia, veamos como de ser regla probatoria, la presunción de inocencia se torna en regla de trato procesal; además de que, en el texto, veremos un concepto jurisprudencial de la presunción en estudio:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL.

La presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de “poliédrico”, en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de sus vertientes se manifiesta como “regla de trato procesal” o “regla de tratamiento” del imputado, en la medida en que este derecho establece la forma en la que debe tratarse a una persona que está sometida a proceso penal. En este sentido, la presunción de inocencia comporta el derecho de toda persona a ser tratado como inocente en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria. Dicha manifestación de la presunción de inocencia ordena a los jueces impedir en la mayor medida posible la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena.⁹

Como se ha visto, la Primera Sala califica la prerrogativa motivo del presente escrito como poliédrica, dándonos a entender, que posee o se manifiesta en varias facetas, depende de la necesidad del imputado o del momento del juicio.

⁹ Registro digital: 2006092, Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materias(s): Constitucional, Penal, Tesis: 1a./J. 24/2014 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 497, Tipo: Jurisprudencia.

Como regla de trato procesal la presunción de inocencia es el derecho de toda persona a ser tratado como inocente en tanto no se declare su culpabilidad por virtud de una sentencia condenatoria.

Desglosamos los elementos de la definición precedente:

a) Es un derecho: la Suprema Corte reitera su naturaleza de derecho humano, la cual, como se ha visto, se deriva de la fracción I del apartado B del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

b) De toda persona: cualquier individuo sujeto a proceso penal es el titular del derecho humano a la presunción de inocencia, con los matices requeridos según las circunstancias particulares.

c) Ser tratado como inocente: implica no exponer su identidad y datos de individualización ante los medios de comunicación. La carga de la prueba es para el Estado, ninguna de sus autoridades debe darle trato de culpable, es decir, castigarlo, aislarlo, incomunicarlo, limitarle el ejercicio de otros derechos humanos.

d) En tanto no se declare su culpabilidad: según Quintino Zepeda¹⁰:

La culpabilidad es la reprochabilidad que se le hace al autor debido a que, siendo imputable y teniendo conciencia de antijuricidad de su hecho, le era exigible otra conducta que podía y debía desplegar.

La reprochabilidad significa dar reprimenda a quien planificó y/o ejecutó un hecho considerado ilícito, la reprimenda se traduce en sanción privativa de la libertad, restrictiva de derechos o pecuniaria.

Así las cosas, los resolutores deben decidir si el resultado de daño puede ser ligado a un ser humano en particular, ese ligamen se crea con los medios de prueba. Hasta realizar lo anterior, se puede detener el trato de inocente.

e) Sentencia condenatoria: en tal fallo, una vez realizada la valoración de las probanzas y establecido el vínculo entre resultado antijurídico con el autor material o intelectual, tendremos el sustento para considerar derrotada la presunción de inocencia, la cual, no resistió el caudal probatorio.

Solo mediante sentencia que condene al imputado se cambia el trato de inocente a culpable, no puede ser en el auto de vinculación a proceso, ni en interlocutorias, ni en autos de trámite.

Proponemos como definición de presunción de inocencia: *derecho humano de adaptación situacional, cuyo titular es el individuo sujeto a proceso o procedimiento, en el cual, el Estado hace uso del ius puniendi, lo que implica que este procesado no está obligado a probar su inocencia, derivado del reconocimiento a priori de la misma, por lo tanto, la carga probatoria adecuada le corresponde a la autoridad acusadora.*

¹⁰ Quintino Zepeda, R.: *Diccionario de...* cit., p.165.

IV. Prisión preventiva

El segundo término en estudio, también se compone de dos vocablos principales. Prisión, para nuestro estudio, tiene un par de acepciones, la primera es el acto de restringir la movilidad del individuo al destinarlo a un sitio del cual no pueda salir, un sitio de reclusión; la segunda, alude al sitio en el cual será recluido el individuo. La palabra preventiva, alude una acción o abstención tendiente a evitar un fin determinado.

Entonces, prisión preventiva para nosotros es: *la reclusión en un centro penitenciario de las personas sujetas a juicio penal para evitar que se sustraigan al proceso y no acaten las ordenes emanadas ni sea ejecutada sobre sus personas las sanciones determinadas en la sentencia condenatoria.*

a) El sustento normativo de la prisión preventiva está en la Constitución Federal, aparece en el primer párrafo del precepto 18:

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.

Nos ofrece una regla de procedencia, es aplicable tal medida cuando el ilícito sea sancionado con la privación de la libertad. Después, establece una condición, los sujetos a prisión preventiva deben ser encarcelados y estar separados del resto de la población penitenciaria quienes purguen sentencias condenatorias. El sustento permite su existencia y uso dentro del ámbito del derecho penal.

El último párrafo del artículo 18, en su primer enunciado establece un sinónimo legal de prisión preventiva y regla de reclusión para los miembros de delincuencia organizada:

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales...

b) La siguiente mención se contiene en el numeral 19, párrafo segundo:

El Ministerio Público solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia

de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

Aquí tenemos otra condición, la solicitud del Ministerio Público debe demostrar que cualquiera de las otras medidas cautelares no es suficiente para lograr la consecución de los fines enlistados, es decir, la prisión preventiva es solicitud por exclusión y como último recurso, previo análisis y justificación de la inutilidad de otras medidas.

Después, se aprecia la lista de los delitos en los cuales no se necesita la solicitud de Ministerio Público, sino que el juzgador la ordena.

Los tipos de medidas cautelares se listan en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales: presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe; exhibición de una garantía económica; embargo de bienes; inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero; prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada; prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse o ciertos lugares; 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; separación inmediata del domicilio; suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos; suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral; colocación de localizadores electrónicos; resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o la prisión preventiva.

Es de hacerse otra precisión: la prisión preventiva es la última de las medidas cautelares, la precede la conjunción disyuntiva o, no como opción regular, sino extraordinaria.

c) En la fracción IX, del aparto V del precepto 20 constitucional, tenemos otra mención de la prisión preventiva:

IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa

del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Se observa el límite temporal superior de la prisión preventiva, el cual, no ha de ser mayor al tiempo máximo de la privación de la libertad, pues de serlo, en lugar de ser medida cautelar, se tornaría en la sanción. El máximo tolerable es de un bienio.

Como el imputado es el titular de la prerrogativa, puede optar por exceder el límite, siempre y cuando sea por motivos de su defensa, en el entendido que de llegar al tiempo de sanción aplicable al ilícito de que se trate, se le debe dejar en libertad.

Empero, puede durar más de dos años cuando el asunto lo amerite, lo cual consideramos como una interpretación forzada de la Constitución, la tesis 1a./J. 32/2022 (11a.), pues el segundo párrafo de la fracción IX antes transcrita indica: *salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado.* Es la única excepción para continuar con tal medida cautelar, por ello, estimamos transgresora de derechos humanos la jurisprudencia mencionada:

PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA. PROCEDE REVISAR SU DURACIÓN EN EL PLAZO DE DOS AÑOS, A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 20, APARTADO B, FRACCIÓN IX, CONSTITUCIONAL Y, EN SU CASO, DE-TERMINAR SI CESO O SE PROLONGA SU APLICACIÓN. Hechos: Una persona fue vinculada a proceso por el delito de privación de la libertad para cometer el delito de robo; consecuentemente, se le impuso como medida cautelar prisión preventiva oficiosa. Durante el desarrollo del procedimiento, la defensa solicitó audiencia para debatir el cese y sustitución de la medida cautelar, al haber transcurrido más de dos años sin que le fuera dictada sentencia; la Jueza de Control determinó negar la petición, lo que fue confirmado en apelación. En contra de la anterior determinación, la defensa promovió juicio de amparo indirecto, el cual se negó por el Tribunal Unitario de Amparo bajo el argumento de que no puede analizarse el párrafo segundo, de la fracción IX, apartado B, del artículo 20 de la Constitución General sin considerar lo que a su vez establece el diverso 19 del mismo ordenamiento, respecto a tal medida excepcional y la justificación de la prisión preventiva oficiosa, cuya imposición obedece a diversos factores tales como el tipo de delito cometido y los medios comisivos.

Criterio jurídico: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que de la exposición de motivos que permite conocer el

origen causal de la creación de la prisión preventiva oficiosa, prevista en el artículo 19 constitucional, así como de la interpretación que esta Primera Sala ha fijado respecto al artículo 20, apartado B, fracción IX, constitucional, no se advierte impedimento constitucional o legal alguno para que la prisión preventiva, impuesta oficiosamente por un Juez de Control en el sistema penal acusatorio, pueda ser revisada en el plazo de dos años posterior a su aplicación, para el efecto de que dicha autoridad determine su cese o prolongación.

Justificación: Bajo el entendimiento de que la prisión preventiva oficiosa es una restricción constitucional a la libertad personal, que bajo la normatividad internacional debe ser una medida excepcional para su imposición, se puede afirmar que ni el legislador de la Constitución ni el legislador ordinario propiciaron distinción alguna de aquella figura en cuanto a la posibilidad de su revisión, cese o prolongación, a los dos años de su imposición. Por tanto, en caso de que el plazo de duración de la prisión preventiva oficiosa deba prolongarse, esta decisión de la autoridad jurisdiccional deberá estar sujeta a un escrutinio elevado en justificación, que evitará que esta medida cautelar se extienda innecesariamente. De conformidad con los estándares internacionales y los precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para realizar este escrutinio, las autoridades respectivas tomarán en cuenta tres elementos: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y, c) la conducta de las autoridades. En el entendido de que corresponde al Fiscal la carga de probar ante la autoridad judicial que, en el caso concreto, se actualizan dichos elementos, esto es, que el asunto es complejo, que la actividad procesal del interesado es la detonante de la dilación para la culminación del proceso y que la conducta de las autoridades ha sido diligente en la conducción del proceso. Y, en su caso, el Ministerio Público deberá acreditar la necesidad de que continúe la medida cautelar. La consecuencia de no demostrar debidamente lo anterior, será el cese de la prisión preventiva oficiosa y dará lugar, entonces, a que se debata en la audiencia respectiva la imposición de otra u otras de las medidas cautelares que prevé el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 161 y demás aplicables de dicho código procesal. La prisión preventiva (en cualquier modalidad) es profundamente restrictiva del derecho a la libertad personal de los imputados en el proceso penal acusatorio y, por tanto, debe ser revisable.¹¹

¹¹ Registro digital: 2024608, Instancia: Primera Sala, Undécima Época, Materias(s): Penal, Tesis: 1a./J. 32/2022 (11a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 13, Mayo de 2022, Tomo III, página 2839, Tipo: Jurisprudencia.

V. Incompatibilidad del principio de presunción de inocencia y la prisión preventiva oficiosa

El 05 de septiembre de 2022, en la sede de la Organización de las Naciones Unidas en Ginebra, Suiza, la Doctora Miriam Estrada-Castillo, presidenta Relatora del Grupo de Trabajo, exhortó al gobierno mexicano a anular la prisión preventiva oficiosa consagrada en el artículo 19 constitucional:

*La prisión preventiva oficiosa es contraria las garantías internacionales de protección de derechos humanos, como lo ha indicado la jurisprudencia del Grupo de Trabajo en múltiples ocasiones. La Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura, han adoptado conclusiones similares, la prisión preventiva oficiosa es, igualmente, contraria a la independencia judicial y al deber de fundamentar jurídicamente los motivos de la detención. Además, pone en grave riesgo el derecho a la integridad personal y la garantía de no ser víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. A pesar de que la prisión preventiva oficiosa sea establecida en la ley, ello no garantiza que no sea arbitraria. Una de las más serias consecuencias de la prisión preventiva obligatoria ha sido el que muchos mexicanos pasen más de una década privados de su libertad a la espera de un juicio, sin sentencia y en condiciones de grave riesgo a sus vidas e integridad personal. Esto además contribuye al hacinamiento carcelario, dijo la Dra. Estrada-Castillo.*¹²

Tenemos entonces que, si bien es constitucional y, en consecuencia, apegado a derecho el imponer oficiosamente prisión preventiva cuando se impute la probable responsabilidad de alguno de los delitos enumerados en el Artículo 19 constitucional, hacerlo solo porque está así establecido en la Constitución es incompatible con la presunción de inocencia, por lo cual debe motivarse bajo los principios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad adecuados en el caso particular; la mera fundamentación sin motivación trasgrede de forma irreparable derechos humanos, como lo es el derecho al debido proceso, así como lo establecido en los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No puede pasar desapercibido la contradicción evidente en lo consagrado en el artículo 19 y el 20, ambos constitucionales, el primero de ellos como se mencionó, consagra la presunción de inocencia, por lo que los factores a los cuales debe atender el juzgador para la imposición de la prisión preventiva deberán fundarse no solo en la oficiosidad señalada por el multicitado artículo 19 constitucional, sino que deberá motivarlo en relación con las condiciones que deberán agotarse según lo establecido en los artículos 156 y 168 del Código Nacional de Procedimientos Penales:

¹² <https://www.ohchr.org/es/press-releases/2022/09/mexico-should-overturn-mandatory-pre-trial-detention-un-experts> consultado el 12 de noviembre del 2022 a las 16:45 horas.

Artículo 156. Proporcionalidad. El Juez de control, al imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en este Código, deberá tomar en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el Ministerio Público realice, aplicando el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona, en términos de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución.

Para determinar la idoneidad y proporcionalidad de la medida, se podrá tomar en consideración el análisis de evaluación de riesgo realizado por personal especializado en la materia, de manera objetiva, imparcial y neutral en términos de la legislación aplicable.

En la resolución respectiva, el Juez de control deberá justificar las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado.

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.

Al motivar la medida de prisión preventiva, el juzgador con base en los artículos mencionados, garantiza al procesado el respeto a sus derechos fundamentales, al no imponer la medida de forma arbitraria, sino con base en los principios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad ya establecidos en la norma, no así basado de forma exclusiva en la probable comisión de un delito de los enlistados en el numeral 19 de la Constitución Federal, lo que conlleva la violación a la presunción de inocencia. Posicionamiento que encuentra relación con la jurisprudencia emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito:

PRISIÓN PREVENTIVA. LA PENA MÁXIMA COMO ÚNICA RAZÓN PARA JUSTIFICAR SU IMPOSICIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR, VULNERA EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN SU VERTIENTE DE REGLA DE TRATO PROCESAL, CONTENIDO EN LOS ARTÍCULOS 20, APARTADO B, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 7 Y 8 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. El artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que la prisión preventiva tiene el carácter de excepcional, ya que debe solicitarse 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. Asimismo, precisa que la prisión preventiva procede oficiosamente cuando se trata de delitos muy específicos y de alto impacto, como 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 la salud. Por su parte, el artículo 20, apartado B, fracción I, de la propia Constitución, regula el principio de presunción de inocencia, que implica que toda persona debe ser tratada como inocente, mientras no se pruebe su culpabilidad en un juicio mediante una sentencia, impidiendo, en la mayor medida posible, la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena. De igual forma, de los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deriva que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal; y que todo inculpado por un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. En ese orden de ideas, la necesidad de la prisión preventiva en función únicamente de la pena de prisión que prevé el hecho delictuoso señalado por la ley como delito, deviene contraria a los preceptos constitucionales y tratado internacional invocados, pues atento al carácter excepcional de la medida cautelar en análisis, como al principio de presunción de inocencia en su vertiente de regla de trato procesal, su imposición con el solo argumento de la penalidad es una postura anticipada sin justificación alguna, pues se tiene por cierto que el imputado se sustraerá del procedimiento penal con base en la posible imposición de la pena de prisión que el tipo penal sanciona. Máxime si se tiene en cuenta que la fracción II del artículo 168 del Código Nacional de Procedimientos Penales expresa que para decidir sobre el peligro de sustracción del imputado, deberá atenderse al máximo de la pena que, en su caso, pudiera

llegar a imponerse de acuerdo con el delito de que se trate y a la actitud que voluntariamente adopte el imputado, de lo que se advierte que el factor relativo al máximo de la pena no debe ponderarse aisladamente, sino en conjunto con las circunstancias señaladas.¹³

El 22 de marzo de 2021, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, presentó una demanda de acción de inconstitucionalidad radicada bajo el número 49/2021, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en contra de los artículos 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, 6 de la Ley General en Materia de Delitos Electorales, 14 de la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, 4 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos, 92 de la Ley de Armas de Fuego y Explosivos y 480 de la Ley General de Salud, todos ellos imponen el aprisionamiento preventivo previo a obtener una resolución que los condene como responsables penalmente de la comisión de los delitos previstos, violando, en consecuencia, el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, demanda que está aún pendiente de resolver por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En el capítulo X de la demanda, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos establece como ÚNICO concepto de invalidez:

ÚNICO. Las disposiciones impugnadas del Decreto por el que se reformaron el Código Nacional de Procedimientos Penales y ocho leyes federales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de febrero de 2021, precisadas en el apartado III del presente curso, establecen la procedencia de la prisión preventiva oficiosa cuando se trate de diversos delitos. Lo anterior, vulnera el derecho a la libertad personal, al debido proceso, las garantías judiciales y el principio de presunción de inocencia, en razón de que los preceptos combatidos ordenan, prima facie, al juez de la causa a dictar siempre esta medida cautelar privativa de la libertad cuando se trate de los ilícitos penales a que aluden las normas. Además, ello rompe con los estándares internacionales fijados por diversos organismos y tribunales en materia de prisión preventiva, lo cual se traduce en que las normas reclamadas resultan inconvencionales. En particular, las normas controvertidas vulneran el deber del Estado de que la medida de prisión preventiva sea revisable periódicamente, lo cual permitiría que la misma sólo subsista cuando haya justificación, esto es, cuando el imputado pueda impedir el desarrollo del procedimiento o eludir la acción de la justicia. Esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos estima que las normas impugnadas vulneran el derecho a la libertad personal, al debido proceso, las garantías judiciales y la

¹³ Registro digital: 2018459. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materias(s): Constitucional, Penal. Tesis: VI.2o.P. J/2 (10a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 60, Noviembre de 2018, Tomo III, página 2077. Tipo: Jurisprudencia

*presunción de inocencia, toda vez que establecen diversas conductas delictivas que ameritan se dicte oficiosamente la prisión preventiva dentro de los procesos penales correspondientes.*¹⁴

La prisión preventiva oficiosa establecida en el artículo 19 constitucional tiene vinculación con los correlativos respectivos que regulan los delitos enumerados en la Constitución, estableciendo de manera coincidente las leyes federales prisión preventiva oficiosa, sin que exijan de igual forma la motivación de la medida, violando en consecuencia derechos fundamentales a los individuos, pudiendo deducir que se les aplica el principio de presunción de culpabilidad en vez del de inocencia.

VI. Conclusiones

PRIMERA.- La presunción de inocencia tiene el rango de derecho humano, y cada una de sus facetas deben ser protegidas según las necesidades del procesado. Es en primer lugar, la prerrogativa de no ser tratado como culpable desde el inicio del proceso, además, regula el deber del Estado de probar la culpabilidad y responsabilidad del imputado y a que las pruebas sean obtenidas, desahogadas y valoradas conforme a las reglas establecidas.

SEGUNDA.- La prisión preventiva, también es una figura con el carácter de derecho humano, pues pone límites a la privación de la libertad mientras el acusado enfrenta el juicio penal.

TERCERA.- La prisión preventiva, aun cuando se impute la probable comisión de delitos previstos en el artículo 19, debe estar motivada en los principios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad.

VII. Bibliografía

- Cárdenas Rioseco, Raúl F.: *La presunción de inocencia*. Ed. Porrúa. 2^a ed. México. 2006.
- *Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española*. Dos volúmenes. Ed. Espasa Calpe. 23^a ed. España. 2014.
- Herrera Pérez, Alberto: *El derecho a la presunción de inocencia*. Ed. Porrúa. México. 2012.
- Martínez Garnelo, Jesús: *La presunción de inocencia en materia penal*. Ed. Porrúa. 2^a ed. México. 2013.
- Quintino Zepeda, Rubén: *Diccionario de derecho penal*. Ed. MaGister. 4^a ed. México. 2009.

¹⁴ https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2021-04/Acc_Inc_2021_49.pdf consultado el 14 de noviembre del 2022 a las 10:50 horas.

- Pallares, Eduardo: *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Ed. Porrúa. México. 1952.

Legislación

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
- *Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.
- *Código Federal de Procedimientos Civiles*.
- *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

Fuentes informáticas

- <http://sjf.scjn.gob.mx>
- <http://www.diputados.gob.mx>
- <http://www.ohchr.org>
- www.cndh.org.mx



Instituto Federal de **Defensoría Pública**

Director General

Maestro Netzaí Sandoval Ballesteros

Junta Directiva

Maestro Netzaí Sandoval Ballesteros

Doctora Mónica González Contró

Doctora Catalina Pérez Correa

Maestra Estefanía Vela Barba

Doctor José Luis Caballero Ochoa

Maestro Carlos Gustavo Ponce Núñez

Doctor Diego Valadés

Titulares de Unidades Administrativas

Licenciada Elizabeth Ayesha Borja Domínguez

Unidad de Asesoría Jurídica

Licenciada Norma Elena Espinosa Celaya

Unidad de Administración y Apoyo Operativo

Licenciado Diego Roberto Tovar Sánchez

Unidad de Defensa Penal

Licenciado Rafael Robles Roa

Unidad de Litigio Estratégico en Derechos Humanos

Licenciado Mauricio Pérez Hernández

Unidad de Supervisión y Evaluación