

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT

UNIDAD ACADÉMICA DE DERECHO



**"PRISIÓN PREVENTIVA. UN ENFOQUE TEORÉTICO-
PRAGMÁTICO PARA SU RACIONALIZACIÓN
EN EL ESTADO DE NAYARIT"**

TESIS

**Que para obtener el
grado de Maestro en Derecho**

presenta

Rodrigo Benítez Pérez

**Director de tesis:
Dr. Alfonso Nambo Caldera**

Tepic, Nay., diciembre de 2012.

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT
UNIDAD ACADÉMICA DE DERECHO**



***“PRISIÓN PREVENTIVA. UN ENFOQUE
TEORÉTICO-PRAGMÁTICO PARA SU
RACIONALIZACIÓN EN EL ESTADO DE
NAYARIT”.***

TESIS

**que para obtener el grado de
Maestro en Derecho presenta:**

Rodrigo Benítez Pérez

Director:

Dr. Alfonso Nambo Caldera

Tepic. Nayarit, diciembre de 2012.

***A mis hijas Tamara y
Thelma, quienes han sido
mis cómplices en lo que
emprendo.***

***A mi casa, el Poder
Judicial del Estado de
Nayarit, y en especial al Dr.
Pedro A. Enríquez Soto,
por su apoyo y
acompañamiento en mis
estudios.***

***Al Centro de Justicia de
las Américas (CEJA) por
abrirme horizontes.***

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
--------------------	---

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES, REGLAS BÁSICAS Y PRINCIPIOS.

1.1. Antecedentes históricos de la prisión preventiva en México.	
1.1.1. De la Edad Media al siglo XIX	14
1.1.2. Constitución Política de 1917. Prisión preventiva en el siglo XX	18
1.2. Del sistema tradicional a los nuevos paradigmas.	
1.2.1. Definición y categorías de prisión preventiva en el sistema tradicional mexicano	20
1.2.2. Reformas constitucionales. Junio de 2008 y junio de 2011	23
1.2.2.1. Lo que se quedó en el tintero	25
1.3. De Ferrajoli a Dworkin... planteamientos teóricos.	
1.3.1. El garantismo penal de Ferrajoli	30
1.3.1.1. Los hilos conductores del garantismo	31
1.3.1.2. Tesis que plantea el garantismo	32
1.3.2. La antítesis –quizá– el “derecho penal del enemigo”	33
1.3.3. Tensiones entre garantismo y derecho penal del enemigo	36
1.3.4. Los derechos en serio de Dworkin	37
1.3.4.1. Aporte de las tesis de Dworkin al derecho penal del siglo XXI	39
1.3.5. Reflexiones en cuanto a los planteamientos teóricos	42

CAPÍTULO 2. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, POLÍTICA CRIMINAL, Y OTROS ASPECTOS TÉCNICOS.

2.1. Principio de presunción de inocencia.	
2.1.1. Algo de perspectiva histórica	44
2.1.2. La presunción de inocencia como derecho fundamental	46
2.1.2.1. Definiciones teóricas y gramaticales	47
2.1.2.2. Definiciones normativas	49
2.1.2.3. Algunas reflexiones sobre presunción de inocencia	50

2.2. Medidas cautelares en el proceso penal.	
2.2.1. ¿Qué son y para qué sirven las medidas cautelares?	51
2.2.2. Algo de doctrina, de lo civil a lo penal	52
2.2.3. Las medidas cautelares en el proceso penal mexicano.	54
2.2.3.1. Medidas cautelares en el Código Modelo de SETEC.	55
2.2.3.2. Código de SETEC <i>versus</i> sistema tradicional.	58
2.2.3.3. Prisión preventiva, categorías en el sistema mexicano	59
2.2.3.4. Marco normativo sobre prisión preventiva en Código Modelo de SETEC y en la iniciativa de Código Procesal Penal de Nayarit	61
2.2.3.5. Análisis de la propuesta del Código Modelo y del código procesal local en cuanto a prisión preventiva	66
2.3. Política criminal. El discurso del combate a la inseguridad.	
2.3.1. Aspectos generales de política criminal	68
2.3.2. ¿Qué es y para qué sirve la política criminal?	68
2.3.3. Tesis keynesianas, estado de bienestar	70
2.3.4. Ocaso del estado asistencial, "ventanas rotas"	72
2.3.4.1. Ya no se incluye, se excluye	73
2.3.5. Política criminal en específico, local y federal.	75
2.4. Publicidad, percepción y cifras delictivas.	
2.4.1. El papel social del juez y del político.	77
2.4.2. Inseguridad objetiva, percepción de inseguridad.	78
2.4.2.1. Algunas cifras delictivas.	79
2.4.2.2. Nayarit.	80

CAPÍTULO 3. DATOS Y CIFRAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA PENAL.

3.1. Experiencias de implementación en América Latina.	
3.1.1. Justificación del ejercicio analítico comparativo. El diagnóstico.	82
3.1.2. Reformas que no llegaron, o que se fueron.	83
3.1.2.1. Altas expectativas, alto desencanto.	84
3.1.2.2. Ejemplos concretos de la contrarreforma.	86
3.1.3. América Latina. Fenómenos y problemas comunes.	88
3.2. La reforma penal en las entidades federativas.	

3.2.1. Generalidades, cifras y variables comparativas.	89
3.2.2. Situación de la prisión preventiva antes de la reforma.	91
3.2.3. Proceso de reforma en los Estados.	92
3.2.3.1. Reglas acordes a los estándares internacionales, pero catálogo de delitos inexcusables.	92
3.2.3.2. Medidas Cautelares en los Nuevos Códigos de Procedimientos Penales.	94
3.2.3.3. Procedimiento para solicitar las medidas cautelares.	95
3.2.3.4. Diagnóstico sobre la implementación.	96
3.2.4. Impacto de la reforma en el uso de la prisión preventiva.	97
3.2.5. La contrarreforma en las entidades.	98
3.2.6. Código Modelo de SETEC, más delitos graves que el sistema tradicional.	99

CAPÍTULO 4. ANÁLISIS JURÍDICO-PRAGMÁTICO DEL SISTEMA PENAL DE NAYARIT.

4.1. Catálogo de delitos graves, y cifras carcelarias.	
4.1.1. Cuadro de delitos graves.	101
4.1.2. Otra variable, sobrepoblación y hacinamiento en las cárceles.	103
4.2. Estudio estadístico y de campo. Juzgado Penal de Bucerías.	105
4.2.1. Estudio de campo. 100 expedientes terminados.	106
4.2.2. Otra variable, tiempo que duran los procesos.	111
4.2.2.1. Tabla relativa al tiempo que duran los procesos.	112
4.2.2.2. Cifras (comparativas) de la Open Society Justice Initiative.	115
4.2.2.3. Algunas conclusiones en cuanto a las cifras.	116
4.3. Percepción en los operadores del sistema penal.	
4.3.1. No siempre lo que parece es.	116
4.3.2. Estudio de campo.	117
4.3.3. Datos arrojados.	118

CAPÍTULO 5. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN, A LA LUZ DE EXPERIENCIAS DE APLICACIÓN CONCRETA.

5.1. Nuevas reglas y criterios objetivos.	
5.1.1. Planteamiento general.	121
5.1.2. Condiciones para el debate en cuanto a la medida cautelar a imponer. ..	121
5.1.3. Interpretación en concreto.	125
5.1.4. Criterios de jurisprudencia en lo doméstico.	130
5.2. Experiencias de aplicación concreta en el Juzgado Penal de Bucerías.	
5.2.1. Planteamiento.	132
5.2.2. Cifras y variables a considerar.	133
CONCLUSIONES.	136
FUENTES DE INFORMACIÓN.	141

INTRODUCCIÓN

La implementación de los procesos de reforma integral a los sistemas penales, se han venido desarrollando a la vez que los niveles de criminalidad y de violencia aumentan considerablemente, tanto en su aspecto objetivo, como también en percepción; ese es el gran reto de los sistemas de justicia en el siglo XXI, empatar las demandas de seguridad ciudadana con el respeto de los derechos fundamentales; ello no es propio de Nayarit como entidad, es una problemática común a los estados y países que se encuentran en proceso de implementación de los sistemas orales, ahí es donde se ha generado el debate con mayor fuerza, además, las cifras indican que en algunas entidades federativas de México la criminalidad y/o la percepción de inseguridad es tal, que cuesta mucho trabajo instalar, como prioridad en la sociedad y en la clase política, temas propios de la reforma penal garantista.

¿Porqué el tema de la prisión preventiva? Porque con la reforma penal mexicana de junio de 2008, y con las recientes reformas constitucionales en Derechos Humanos de junio de 2011, que sembraron el camino para normatizar el llamado “control de convencionalidad”, es menester analizar sus antecedentes históricos, para entender mejor su evolución, y sacar algunas conclusiones en torno a “cuan en serio” nos estamos tomando los Derechos Humanos en nuestro país, reflexión que ante la crisis de inseguridad, y la encrucijada en tomar las mejores decisiones para enfrentarla, es menester para los estudiosos del derecho hacerla de manera constante y desde todas las perspectivas. A dicho debate queremos abonar.

La prisión preventiva, aquella que justifica que una persona que todavía no ha sido sentenciada -sino solamente sujeta a proceso- se encuentre en una cárcel, normativa y culturalmente se ha tomado como una consecuencia en automático del proceso, como un adelantamiento de la pena, que ante una imputación, un señalamiento, una detención en flagrancia, una orden de aprehensión, y/o un auto de formal prisión, ya es razón suficiente para tener a una persona detenida; y sólo si se reunían ciertos requisitos, era procedente otorgar el “beneficio” de la libertad

provisional bajo caución; en suma, era la regla y el proceso en libertad la excepción, muchas veces visto como sinónimo de impunidad. Ello, ha sido cuestionado como nugatorio de la "presunción de inocencia", *¿si lo tratas como inocente, porqué lo tienes privado de su libertad? ¿y si resulta que se le absuelve en sentencia?*.

Me parece que hay pertinencia en el momento para tratar el tema, porque Nayarit todavía no tiene sistema acusatorio implementado -como la mayoría de las entidades federativas de México- por ello, analizaré el actual sistema mixto, y necesariamente tendré que proyectar -con base en las experiencias de implementación comparadas- sobre lo que tiene que darse con la reforma penal una vez que entre en vigor.

No se pretende -ni siquiera como aspiración- descubrir el hilo negro; en la actualidad, casi todo ya ha sido dicho por alguien, sin embargo, hay épocas que por su movilidad -la presente en el derecho diríamos que corre como fórmula 1- es propicia para el comentario y análisis. Trataremos de ser muy globales y muy locales, lo primero para tomar lo que ya ha sucedido más allá de nuestras fronteras, la chica (Nayarit) y la grande (México); lo segundo, para que el producto sea más interesante, por su concreción y aterrizaje a Nayarit; apostándole a que sea menor el riesgo de abordar temas y sacar conclusiones, que quizá hace más de algunos lustros, no menos de cientos de personas ya lo hicieron; lo que la sociedad agradece, porque ya dijo -y lo dijo bien- José Ortega y Gasset, la *"obra de caridad más propia de nuestro tiempo (es) no publicar libros (tesis) superfluos"*.¹

Abordando lo metodológico, se plantea que -en definitiva- el principio constitucional o valor fundamental que servirá de referente, es el principio de presunción de inocencia, gravitará en todo el desarrollo del trabajo.

En cuanto a los antecedentes, es importante tener en cuenta, que la implementación de los procesos de reforma integral a los sistemas penales, se han

¹ ORTEGA Y GASSET, José, *"La rebelión de las masas"*, Ed. Planeta-Agostini, México, 1993, p. 7.

instrumentado a la vez que la sociedad se siente más insegura, que tiene como su principal preocupación la criminalidad; privando un desánimo y desconfianza en los sistemas policíacos y de justicia. Empatar las demandas de seguridad ciudadana con el respeto de los derechos fundamentales es un gran reto; de hecho, son las tensiones naturales del derecho penal con la política criminal.

A manera de planteamiento del problema, podríamos fijar que la implementación de sistemas acusatorios, teniendo al garantismo como eje, y principalmente que pugnan por reconocer en serio la presunción de inocencia, es percibida por una gran parte de la sociedad en México y en general en América Latina como una puerta a la impunidad y al aumento de la criminalidad, ello ha provocado una ola de contrarreformas en los países donde ya existía una reforma, y reformas "mixtas" como la de México, que desde la misma Constitución ponen en entredicho la voluntad del sistema para respetar los derechos humanos. Ello hace necesario analizar los factores, legales, sociológicos y de política criminal que han provocado, por un lado, que las reformas estén siendo tan atacadas o relacionadas con el aumento de criminalidad y/o con la percepción de inseguridad; así como el recorrido normativo, el estándar que supone el principio de presunción de inocencia, la lógica de las medidas cautelares, para dilucidar si el sistema de justicia de cara a la implementación de la reforma penal -en México y en particular en Nayarit- cumple o incumple con los propios paradigmas que enarbola.

El objetivo central es analizar algunas experiencias de implementación de los nuevos sistemas de justicia penal, tanto en el plano normativo, como también en aspectos de gestión, tocante a los paradigmas de presunción de inocencia y garantismo penal; verificar los datos de su cumplimiento, su impacto en la percepción de seguridad ciudadana; para determinar o tomar postura en torno al aparente dilema "combate al delito-presunción de inocencia" *¿contracara o no?*. Para ello, habremos de escudriñar el tratamiento a la prisión preventiva en el sistema penal tradicional mexicano, y en específico las particularidades de Nayarit, por ejemplo, cifras de hacinamiento carcelario, porcentaje de presos sin condena, socialización de la prisión preventiva como medida cautelar o como adelanto de

pena, percepción de inseguridad, debido proceso, entre otros; para llegar a una propuesta de su adecuada implementación bajo los paradigmas de la gran reforma penal de 2008, y la muy trascendente reforma en materia de Derechos Humanos de junio de 2011.

De antemano se fija que la hipótesis que se sostiene, es que el tratamiento actual de la prisión preventiva -en lo normativo y en la realidad- viola el principio de presunción de inocencia; el catálogo de delitos inexcusables atenta contra las reglas de las medidas cautelares; también se sostiene que, el eficaz tratamiento de la prisión preventiva en el sistema acusatorio, con sus nuevos paradigmas y teniendo como eje el garantismo penal, no es una contracara con los fines de la política criminal; la ineficaz implementación, comunicación y socialización de las nuevas reglas del juego han provocado dicha percepción. La reforma penal de 2008 le quedó a deber a la presunción de inocencia, si bien la enarbola como uno de sus ejes, y ubica a la prisión preventiva como la última de las medidas cautelares a imponer, conserva un catálogo amplio de delitos inexcusables, de prisión preventiva oficiosa, que harían nugatorio –de interpretarse literalmente- el goce pleno de dicha garantía fundamental; empero, habría que ver si cabe una interpretación diferente bajo los principios *pro persona*, progresividad y efectividad, a la luz de contenidos normativos de tratados internacionales y jurisprudencia nacional e interamericana.

Ya técnicamente, para la comprobación de la hipótesis planteada se aplicará el método empírico, el documental, el telemático, y la investigación de campo con la aplicación de entrevistas y encuestas.

Los conceptos esenciales a explicar en esta investigación son: Sistema de justicia oral acusatorio, garantismo penal, presunción de inocencia, prisión preventiva, medidas cautelares, política criminal, criminalidad, percepción de inseguridad, sistema de justicia penal inquisitorio, sistema de justicia penal mixto, debido proceso, control de convencionalidad, principios *pro persona*, progresividad y efectividad en Derechos Humanos.

Quiero resaltar que decidir la postura u orientación teórica que se asume como propia, ha sido una tarea harto difícil, *¿porqué?* porque en la era de lo “eclectico”, superado el conflicto positivismo-iusnaturalismo -con la incorporación de los derechos humanos habidos y por haber en algún texto normativo, y con la incorporación al derecho doméstico de cualquier disposición que los contenga- pudiéramos decantarnos en el positivismo jurídico de Ferrajoli,² aquél que supera al tradicional, en cuanto a que abreva de un método empírico-analítico como eje rector, que le permite dar cuenta de la compleja naturaleza del derecho actual, incluidas las divergencias entre la realidad empírica y el deber ser jurídico-constitucional al que debe ceñirse. Le encuentro coincidencia en lo esencial, con el modelo de la reconstrucción racional aplicado al conocimiento y a la crítica del derecho, que como tercera vía propone Ronald Dworkin con su tesis de los derechos, en las normas, principios y directrices;³ en fin, las teorías y su esfuerzo -inacabado siempre- de construir un discurso que razonablemente de una solución a todos los problemas del derecho, siempre tendrá su “talón de Aquiles”; el que ubico en el fenómeno que da cuenta el *derecho penal del enemigo* de Gunther Jacobs;⁴ en lo conciliable -que es la mayoría- de dichas construcciones teóricas, se basa este trabajo.

En cuanto al capitulado en sí, el lector encontrará primero un breve apartado de antecedentes históricos, con el objetivo de dotarle perspectiva a la investigación, y darle tino a las preguntas y problemáticas a plantearse; después se sigue con la parte expositiva en lo teórico, abordando las tesis de Luigi Ferrajoli que confluyen en el *garantismo penal*, las de Günther Jakobs con su *derecho penal del enemigo*, para seguir con los *derechos en serio* de Ronald Dworkin, teoría basada

² Expuesta de manera magistral y completa su teoría en: FERRAJOLI, Luigi, *“Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, et. Al., 6 ed. Trotta, Madrid, España, 2004. Siendo la construcción teórica del derecho penal más importante de los últimos años, según lo prologa Norberto Bobbio.

³ DWORKIN, Ronald, *“Los Derechos en Serio”*, Ed. Planeta Agostini, Barcelona, 1993.

⁴ JAKOBS. Günther, CANCIO Melía, Manuel, *“Derecho Penal del enemigo”*, Ed. Civitas, Madrid, 2003.

en el análisis de casos concretos para elaborar propuestas de resoluciones “adecuadas” para los casos difíciles, con ello culminamos el capítulo uno.

En el capítulo dos, se abordará el principio que inspira el presente trabajo, la presunción de inocencia, le daremos también perspectiva histórica, se plantean definiciones teóricas, y momentos en lo normativo; para enseguida analizar las medidas cautelares en general, su naturaleza, tratamiento normativo en el sistema tradicional, y la propuesta que viene con el Código Modelo de SETEC; estudio que también se hará por supuesto, en lo particular sobre la institución jurídico procesal de la prisión preventiva. Después abordaremos aspectos dogmáticos de la política criminal, sus corrientes y definiciones teóricas, así como las variables más importantes que inciden en dicha política, desde las tesis keynesianas hasta la criminología crítica.

El capítulo tres se centra en las exposiciones analíticas sobre experiencias de implementación del sistema acusatorio, tanto en algunos países de América Latina, como en entidades federativas con reforma, tal estudio se basa en los trabajos auspiciados por el CEJA. En el siguiente, capítulo cuatro, el lector encontrará el análisis jurídico-pragmático del sistema penal de Nayarit, en que se basa en estudios empíricos, de campo y estadísticos en juzgados penales, con la teleología de arrojar cifras que justifiquen –desde el utilitarismo- las propuestas de fondo a plantearse; las que llegarán en el capítulo cinco, aplicando los mecanismos de interpretación de la norma que el artículo 1 de la Constitución introdujo de forma nítida a partir de junio de 2011. Finalmente, se fijarán diversas conclusiones que recogerán como producto final lo expuesto en el capitulado ya descrito.

El lector encontrará la visión de un juez penal, no he pretendido desprenderme de ello, mi actuar en la judicatura me lleva a experiencias de aplicación que ya forman parte de mi formación como jurista; pero también, encontrarán la influencia de mi paso por la formación interamericana de capacitadores en el sistema acusatorio, impartida por el Centro de Justicia para las Américas (CEJA) del que aprendí grandes lecciones, no sólo de Mauricio Duce, Cristian Riego y Leticia Lorenzo,

sino también de mis compañeros de 14 países que compartimos esa experiencia, ellos que nos llevan años de reforma implementada, estudios y práctica, que generosamente nos transmitieron sus conocimientos. Al escuchar y departir con ese mosaico de personalidades, sentí quizá, un poco de lo que movía a Bolívar, el sueño de una sola América, somos tan parecidos, que me parece un desperdicio no tomar el comparativo de la implementación en dichos países.

Finalmente, comparto con todo aquel que se tome un tiempo en escudriñar este trabajo, que para mí los estudios de maestría han sido un despertar a un mundo fantástico, donde se puede soñar, construir, anhelar, y volver a creer en los ideales del derecho, ser un "hippie jurídico"⁵ creer en la justicia, no como un ente abstracto, sino como un ente vivo que se construye "desde abajo", día con día, a fuego lento.

⁵ Como me lo dijo la maestra Amelia Gazcón en la UAD, cuando le expuse mi postura positivista a ultranza, pero que me dejé convencer muy pronto que hay mucho más allá de ello.

CAPÍTULO 1.

ANTECEDENTES, REGLAS BÁSICAS Y PRINCIPIOS.

1.1. Antecedentes históricos de la prisión preventiva en México.

1.1.1. De la Edad Media al siglo XIX.

Uno de los dilemas en los trabajos de investigación, es la necesidad o no de un capítulo de antecedentes históricos, en contra está el argumento de la velocidad vertiginosa con que se mueve el derecho actualmente, no se diga el fenómeno delictivo, es época de ascensos y caídas; en palabras de Ortega y Gasset “*en los libros lo que se anuncia es pronto un presente y es ya un pasado*”;⁶ sin embargo, se consideró propio hacerlo, por la razón que Juan Ramón Capella define como “exigencia de historicidad” para encontrar una buena pregunta, o problema no resuelto;⁷ y en la adquisición precisamente de perspectiva histórica.⁸

Comenzaremos nuestro estudio con los antecedentes normativos de la prisión preventiva en el espacio geográfico que hoy conocemos como México -que previo a la independencia se le denominó la Nueva España- con la finalidad de fijar sobre todo el objeto o naturaleza dado en distintos momentos históricos, como pena y/o como medida cautelar.

En la etapa colonial se reconoce como el primer cuerpo normativo español de importancia al de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio (1252-1284), la última

⁶ ORTEGA Y GASSET, José, obra citada, p. 7.

⁷ Plantea en concreto que para una buena investigación la ruta es: 1) Historia intelectual interna 2) historia externa 3) perspectiva, 4) teoría 5) resultado o saber. Véase CAPELLA, Juan Ramón, “*El aprendizaje del aprendizaje*”, Ed. Trotta, 4ª. edición, Madrid, 2004, p. 36.

⁸ Obra citada, p. 84.

relativa a normas de Derecho Penal y Procesal Penal,⁹ como las acusaciones, los delitos, y de manera sobresaliente, el procedimiento para el tormento con diversas connotaciones, una, como medio de prueba, otra, como forma de investigación, en esta última se puede advertir, que el tormento busca favorecer el fin del proceso, entendido en la época como la búsqueda de la verdad; convirtiéndose en una especie de prisión preventiva, ya que para poder adoptarla, debía el sujeto acusado, primero ser “guardado preso” lo que permitiría asegurar la eventual ejecución de la pena, llámese de muerte o mutilación de algún miembro, según el delito que se tratara.¹⁰

Además, las penas estaban perfectamente definidas, así como el fin que perseguían, y algunas previsiones hacen colegir que la prisión ya tenía una doble función, como resguardo social y como pena; era ya un medio para asegurar la presencia del acusado mientras era juzgado, lo que constituye un precedente de la prisión preventiva vista como medida cautelar.¹¹

En las Leyes del Toro, promulgadas en las Cortes de Toro en 1505, por el Rey Fernando el Católico, constantes de 83 leyes que estuvieron vigentes hasta la promulgación del Código Civil en 1889, concretamente, en el rubro de las medidas cautelares se hace una regulación de disposiciones en materia penal, comentadas

⁹ IGLESIA Ferreiros, Aquilino, “Alfonso X el Sabio y su obra legislativa”, en *Revista: Anuario de Historia de Derecho Español*, no. 50, 1980, Madrid-España, pp. 531-561. (Archivo PDF impreso vía electrónica 18-jun-11)

¹⁰ TÍTULO 29 (Siete Partidas): “De cómo deben ser recaudados y guardados los presos. Recaudados deben ser los que fueren acusados de tales yerros que si se los probasen, que deben tomar muerte por ello o ser dañados en algunos de sus miembros, y no deben ser estos tales dados por fiadores, porque si después ellos entendiesen que el yerro les era probado, con miedo de recibir muerte o daño por ellos, huirían de la tierra, o se esconderían de manera que no los podrían hallar para cumplir en ellas la justicia que deben haber.” Véase obra citada.

¹¹ Ley 4 (Siete Partidas): “Siete maneras hay de penas por las que pueden los jueces escarmentar a los que cometen yerros, cuatro de ellas son mayores y tres menores. Y las mayores son estas: La primera es dar a hombre pena de muerte o de perdimiento de miembro. La segunda es condenarlo que esté en hierros para siempre, cavando en los metales del rey, o labrando en las otras labores o sirviendo a los que las hicieren. La tercera es cuando destierran a alguno para siempre a alguna isla o a algún lugar cierto tomándole todos sus bienes. La cuarta es cuando mandan a alguno a echar en hierros, que yazga siempre preso en ellos, o en cárcel o en otra prisión; y tal prisión como está no la deben dar a hombre libre, sino a siervo, pues la cárcel no es dada para escarmentar los yerros, más para guardar los presos tan solamente en ella hasta que sean juzgados. ...” Véase obra citada.

por los españoles José González y Serrano y Juan Alvarez Posadilla, señalan en concreto que el arresto y la fianza¹² tenían fines asegurativos en la comisión de delitos, para asegurar la presencia del inculcado en el juicio y la eventual ejecución de la pena, así como para los delitos de contenido patrimonial, asegurar además la reparación del daño.

Importante citar también el llamado Código Criminal del Emperador Carlos V de 1532, que influyó en el derecho germánico durante varios siglos, pero que sirvió de base para posteriores leyes españolas, que el emperador consultó a personas sabias y doctas en derecho, su aporte fue que se refirió ya a tres medidas cautelares: detención, prisión preventiva y libertad provisional bajo caución. La detención era oficiosa, con aporte de indicios y solicitando la detención del imputado, asemejándose a una orden de aprehensión, una vez ejecutada el acusado tenía que guardar prisión preventiva salvo que exhibiera fianza o nombrara fiador, preveía ello como una medida cautelar para garantizar su permanencia en juicio, pero también la del acusador para que no quedara su denuncia ajena al impulso procesal, siendo notable la previsión en cuanto a la reparación del daño en el supuesto de que el querellante no quisiera seguir con el juicio.¹³

Le otorga fines expresos a la prisión preventiva para (i) realizar la investigación siempre y cuando existieren indicios razonables para ello; (ii) dentro de la propia investigación se podía interrogar al acusado, sólo ante la existencia de indicios razonables y probados de delito; y (iii) para realizar el tormento; figuras todas que por sus características son compatibles a lo que hoy conocemos como medidas cautelares.¹⁴

¹² GARCIA Silva, Gerardo, "El arraigo en la Reforma Constitucional", ITER CRIMINIS, Revista de Ciencias Penales editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), núm. 11, mayo-junio de 2007, tercera época, México, p. 83.

¹³ EMBRIS Vázquez, José Luis, "Medidas Cautelares, su transición al Sistema Acusatorio, Adversarial y Oral en México", Ed. Porrúa, México, 2011, p. 17.

¹⁴ Obra citada, p. 19.

También la llamada Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias de 1680, obra que constó de 9 libros, 218 títulos con más de 6,000 leyes, estableció en su título seis, la prisión como pena y como medida de aseguramiento en la persona del inculpado;¹⁵ la llamada Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805, contemplaba la aprehensión, la prisión y la fianza, haciendo distinción de esta última dependiendo la gravedad del delito; en cuanto a la prisión si bien se tiene como pena y también como medida de cautela, tenía en esta última contenido aflictivo, y con poca garantía de audiencia del reo.¹⁶

Ya en la Constitución de Cádiz de 1812, a la luz de la cual se realizaron reformas tales como la supresión de los azotes, abolición del tormento en las cárceles, y la sustitución de la horca por el garrote en la ejecución de la pena de muerte;¹⁷ y que estuvo vigente por tres periodos, de 1812-1814, de 1820-1823, y de 1836-1837, se encontraron los antecedentes de la declaración preparatoria y la prisión preventiva tal como se encuentra regulado en el sistema tradicional de justicia penal mexicano, al prevenir –*en cuanto a la prisión preventiva*- el artículo 287 que tiene como finalidad evitar la fuga del inculpado, la cual debía ser ordenada por un auto motivado -antecedente directo de la formal prisión-, y tenía además función de resguardo social.¹⁸

En la Constitución de 1824, producto de la consumación del movimiento de Independencia, en materia procesal penal su contenido fue muy raquítico, se privilegiaba la conciliación y el arbitraje, razón por la que única referencia a la prisión preventiva fue en la detención, apoyada en la existencia de prueba semiplena o indicio de que el sujeto a quien se imponía se trataba de un delincuente, y el plazo no podía exceder de 60 horas.¹⁹

¹⁵ Obra citada, p. 21.

¹⁶ Obra citada, p. 22.

¹⁷ MACEDO, Miguel S., *“Apuntes para la historia del Derecho Penal Mexicano”*, editorial Cultura, México, 1931, p. 131-132 (Archivo PDF impreso vía electrónica 18-jun-11)

¹⁸ EMBRIS Vázquez José Luis, obra citada, pp. 25-27.

¹⁹ Obra citada. pp. 31-32.

Después de la inestabilidad política y jurídica de la primera mitad del siglo XIX, llegó la Constitución de 1857, en la que, los derechos del hombre eran la base y el objeto de las instituciones sociales, se estableció un catálogo amplio de garantías individuales que fueron antecedente directo de las recogidas en la Constitución de 1917, en los artículos 16, 18, 20, 21, 22 y 24, y por dicha similitud, haremos su análisis conjunto en el apartado siguiente.²⁰

1.1.2. Constitución Política de 1917. Prisión preventiva en el siglo XX.

Además de regular la “detención” en el artículo 16, por flagrancia, cuasiflagrancia, caso urgente, por orden de aprehensión, como causales para limitar la libertad de un individuo por un periodo sumamente breve, hasta en tanto sea convalidada mediante lo que se conoce como “prisión preventiva”; una *-detención-* y otra *-prisión preventiva-* se comunican y entrelazan, a esta última normativamente se le concibió como una medida de cautela de tipo personal, que persigue los fines de preservar el desarrollo adecuado del proceso, asegurar la ejecución de la pena, y evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad, buscando siempre conjugar las garantías individuales del reo con las de la víctima; sin embargo, bajo el diseño normativo del sistema tradicional emanado de la Constitución de 1917, en el artículo 18 solamente se estableció como garantía o derecho que en el lugar destinado para quienes deben guardar prisión preventiva, debía encontrarse separado del de aquellos que se encuentran compurgando una pena privativa de libertad; y en los últimos párrafos de la fracción X del artículo 20 constitucional dispuso que no podría prolongarse por más tiempo del que como máximo fijare la ley al delito que motivare el proceso, y que en toda pena de prisión que imponga una sentencia, se debe computar el tiempo de la detención.

²⁰ Obra citada, pp. 41-43.

Preceptos que no le quitaron su forma de encierro, y que se le considerare como una pena anticipada;²¹ puesto que ante un proceso por delito que ameritare pena corporal, la prisión preventiva es automática, y durante todo el siglo XX la expectativa de seguir el juicio en libertad se aparejó al beneficio de la libertad provisional bajo caución por delitos no considerados como graves, bajo las taxativas establecidas en el artículo 20 Constitucional.²²

El fundamento de la libertad caucional radicaba en el hecho de que el interés público de garantizar la efectividad de la sentencia, admite una graduación de mayor a menor, de manera que cuando el presunto se le imputa un ilícito de menor gravedad, la prisión preventiva podía ser sustituida por la caución, que también es una medida asegurativa, y había que garantizar la reparación del daño, la posible sanción pecuniaria, así como el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

El sistema, previo a la reforma del año 1984 del artículo 20 citado, procedía bajo una fórmula de la media aritmética del delito que no rebasare los cinco años de prisión; después de la citada reforma, se introdujo que tenían que tomarse en cuenta para dicha operación aritmética las *modalidades* del delito, y se actualizaron los valores que en el texto original eran fijos en \$250,000 pesos; fue hasta el 21 de septiembre del año 2000 que ya estableció la fórmula del catálogo de delitos graves, además de detallar los supuestos de procedencia, así como los de excepción en delitos no graves, y las causas para su revocación.²³

²¹ ZEPEDA Lecuona, Guillermo, “¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México”, Open Society Justice Initiative, 2009, p. 15.

²² Artículo 20, fracción I de la CPEUM (texto original) I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo fianza, que fijará el juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, y sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurar bajo la responsabilidad del juez en su aceptación. En ningún caso la fianza o caución será mayor de \$250,000.00 a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o el daño ocasionado.

²³ Artículo 20, apartado A, fracción I de la CPEUM (vigente hasta antes de 18-junio-2008) Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba

En el siguiente apartado abordaremos las particularidades del tratamiento de la prisión preventiva en el sistema tradicional, con algunas cuestiones técnicas.

1.2. Del sistema tradicional a los nuevos paradigmas.

1.2.1. Definición y categorías de prisión preventiva en el sistema tradicional mexicano.

Para definir la institución jurídico procesal “prisión preventiva” en el contexto del proceso penal tradicional mexicano, refiriéndose a la detención o prisión antes de una sentencia condenatoria ejecutoriada, es pertinente señalar que diversos autores han nombrado este tipo de prisión de varias formas, ya sea que se le llame detención provisional, prisión sin condena, encarcelamiento preventivo y otras, que no tienen un distingo real, más bien son vocablos diversos para la misma institución jurídica, que incluye tanto la privación de la libertad durante la investigación, como la prisión después de que un juez determina la procedencia o inicio del proceso penal, durante el juicio y el proceso de apelación contra la sentencia definitiva.

Algunos tratadistas como Alberto Bovino la denomina también “encarcelamiento preventivo”, Perfecto Andrés Ibáñez le llama “prisión provisional”, el jurista Elías

conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del ministerio público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el ministerio público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente, o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad. El monto y la forma de la caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculcado, y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculcado.

Carranza le llama "prisión sin condena", y finalmente Jesús Rodríguez y Rodríguez se refiere a "Detención Preventiva".²⁴

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sus decisiones pretorianas la definió como una "excepción justificable" a las garantías de libertad y de audiencia previa, así como al principio de presunción de inocencia, porque tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también a evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.²⁵ Es decir, se le daba el tratamiento de excepción a diversas garantías, con base en intereses colectivos específicos, pero no propiamente ya como medida cautelar.

Fijado ya lo que a manera de concepto se desprendió de las definiciones normativas y su interpretación, es importante saber su tratamiento jurídico en general, funcionando como sistema. En este sentido, el marco jurídico mexicano permite varias formas de detención antes de una sentencia condenatoria, a las cuales se les denomina de diversas formas dependiendo en la etapa procesal en

²⁴ La prisión preventiva incluye tanto la privación de la libertad durante la investigación, como la prisión después de que un juez determina la procedencia o inicio del proceso penal, durante el juicio y el proceso de apelación contra la sentencia definitiva. Véase EMBRIS Vázquez, José Luis, obra citada, p. 43.

²⁵ Novena Época. Registro: 196720. Instancia: Pleno. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. VII, Marzo de 1998. Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: P. XVIII/98. Página: 28. PRISIÓN PREVENTIVA. ES UNA EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD Y DE AUDIENCIA PREVIA, ESTABLECIDA CONSTITUCIONALMENTE. Si bien es cierto que el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la privación de la libertad de una persona sin previo juicio, también lo es que el artículo 18 de la misma Ley Suprema autoriza la prisión preventiva de quienes se encuentren procesados por delitos que merezcan pena privativa de libertad; por tanto, dado que ambos preceptos son de igual jerarquía y que conforme al artículo 1o. de la propia Carta Magna las garantías que ella otorga no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, la regla de que nadie puede ser privado de su libertad sino mediante juicio, se encuentra restringida en el caso de los procesados por delitos sancionados con pena privativa de libertad. Así, la prisión preventiva constituye una excepción justificable a las garantías de libertad y de audiencia previa, así como al principio de presunción de inocencia, previsto en el mismo artículo 14 constitucional, porque tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también a evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.

la cual se impongan; se pueden discriminar en cinco tipos de tales “detenciones”, siendo las siguientes:²⁶

- (i) Detención y/o arresto administrativo en función de prevención y vigilancia de la policía, o en comisión de delito que va de la detención en flagrancia hasta la puesta a disposición ante la Fiscalía;
- (ii) detención o retención ante el Ministerio Público, o periodo de 48 horas;
- (iii) arraigo a petición del ministerio público antes de iniciar la investigación, como técnica de investigación;
- (iv) prisión preventiva en estricto sentido, que se utiliza durante el proceso penal después del ejercicio de la acción penal para sujetar al imputado al proceso, y que cesa con la conclusión del caso, ya sea por el desistimiento, sobreseimiento, o por sentencia; y
- (v) finalmente la prisión preventiva durante el recurso contra una sentencia definitiva (apelación y Amparo) que va este tipo de detención durante el tiempo en que el imputado interpone un recurso de apelación contra la sentencia o un amparo directo hasta su resolución.

Para efectos del presente trabajo, la prisión preventiva que será materia de estudio será la señalada en los puntos (iv) y (v), esto es, la que es decretada por un juez durante el proceso penal mientras que no haya causado ejecutoria la sentencia, y que por tanto, todavía no se está en el supuesto de la prisión como pena o sanción; la que ya es producto de haber sido declarado como responsable de la comisión de un delito, después de un juicio seguido en todas sus etapas.

²⁶ Véase a Javier Carrasco Solís, en la obra: LORENZO, Leticia, RIEGO, Cristian, DUCE, Mauricio, “Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas”, Volumen 2, Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA, Santiago, Chile, 2011, p. 174-177, respecto al tema se verá a detalle en capítulo posterior.

1.2.2. Reformas constitucionales. Junio de 2008 y junio de 2011.

Es preciso ubicar como un momento histórico fundamental –sin duda un antes y un después- a la “gran reforma penal de 2008” que ya estableció de manera expresa el principio de presunción de inocencia en el artículo 20 de la Carta Magna, que anteriormente la Suprema Corte afirmaba que estaba implícito,²⁷ y acorde con los tratados internacionales,²⁸ que desde el punto de vista jusnormativista ya eran Ley Suprema de la Unión de acuerdo al artículo 133 de la Constitución, pero que –*cabría la acotación*- en la reforma de junio de 2011 ya en su artículo 1 Constitucional se fija su observancia, se fortaleció la naturaleza de medida cautelar de la prisión preventiva, que ya por ejemplo en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad o Reglas de Tokio, se consideraba a “la prisión preventiva como último recurso”.²⁹

Fue en dicha reforma, que ahora ya el artículo 18 constitucional estableció que *“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”*. De acuerdo con estos y otros ordenamientos, es posible afirmar que se cambia el paradigma de la prisión preventiva –ahora- como medida cautelar, cuya finalidad no es otra que inhibir la posibilidad documentada de que una persona imputada huya, interfiera en el juicio, ponga en riesgo a la víctima o a la comunidad, o cometa un delito, y sólo si ese

²⁷ Registro 186185, Red Jurídica IUS, tesis aislada P. XXXV/2002, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, localizable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Epoca, t. XVI, correspondiente a agosto de 2002, materias Constitucional y Penal, p. 14.

²⁸ CADH, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981 (a. 8.2). PIDCP, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1981 (a. 14.2). DUDH, proclamada por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 (a. 11.1).

²⁹ 6.1 En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima. 6.2 Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano. 6.3 El delincuente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva.

riesgo es técnicamente demostrado un tribunal puede imponer la prisión antes del juicio.³⁰

Ello porque el artículo 19 Constitucional reformado estableció: *“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”*. Numeral que analizado en su totalidad (lo que es materia toral del desarrollo del presente trabajo) ha sido materia de diversas críticas y opiniones de diversos estudiosos del derecho, por ejemplo Javier Carrasco³¹ apunta que si bien es un paso favorable a establecer un régimen garantista de excepcionalidad de la prisión preventiva; pero que a la vez *–aquí viene el pero–* un paso no dado es que el mismo numeral incorpora candados limitando los derechos de debido proceso, incluyendo la presunción de inocencia, en contra de las pautas internacionales de Derechos Humanos, *-augurando además el citado jurista-* que por virtud de dichos candados la prisión preventiva se seguirá utilizando como regla en un gran número de delitos; por el amplio catálogo de delitos inexcusables que el mismo numeral 19 establece.

Por dicha aparente colisión entre regla general y excepción, es importante fijar el contenido de esta última, cuya literalidad es la siguiente: *“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”*. De este párrafo, se advierte que se abandonan los principios de excepcionalidad y

³⁰ RIEGO, Cristian, DUCE, Mauricio, *“Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas”*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA, Santiago, Chile, 2008, p. 25.

³¹ CAVAZOS Villanueva, Gabriel y otros (coordinadores), *“Retos de la Reforma Penal Equilibrando la Presunción de Inocencia y la Seguridad Pública”*, OSJI/Institución Renace, ABP/ITESM, México, sin año, p. 121.

proporcionalidad de la regla general, y el legislador deja en la mera calificación del delito, para que el juez imponga de oficio la prisión preventiva, sin el requisito de justificar su necesidad, y lo que es más, sin la causa de pedir por la parte acusadora.

Ello, con el recientemente validado y fortalecido “control de convencionalidad” por el máximo tribunal de México, será un tema muy debatido e interpretado por todos los jueces del país, con base en el principio *pro homine* del actual artículo 1 Constitucional.

1.2.2.1. Lo que se quedó en el tintero.

Ahora, si bien es razonable que toda regla tenga su excepción, es importante analizar la naturaleza y alcances de dichas “excepciones”. Del contenido del proceso legislativo de la reforma Constitucional de junio de 2008,³² se advierte que la propuesta original no estaba planteada como finalmente quedó el producto legislativo.

Los artífices de la reforma penal que nos ocupa, los diputados César Camacho Quiroz y Felipe Borrego Estrada (hoy titular de SETEC), junto con Raymundo Cárdenas Hernández y Faustino Javier Estrada González; de los grupos parlamentarios del Partido Revolucionario Institucional; del Partido Acción Nacional; del Partido de la Revolución Democrática y del Partido Verde Ecologista de México, respectivamente, integrantes de la LX Legislatura del honorable Congreso de la Unión; en su primera iniciativa señalaron que tomaron como base los trabajos de la “Red Nacional a favor de los Juicios Orales y debido Proceso Legal”, presentados el 13 de diciembre de 2006 ante los integrantes de las Comisiones de Justicia y Puntos Constitucionales de la H. Cámara de Diputados

³² CÁMARA DE DIPUTADOS, SECRETARÍA DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS, en la publicación del proceso legislativo identificado como: “Cuaderno de Apoyo, Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública”, México, 2008. (Archivo PDF impreso vía electrónica octubre-11). (<http://www.diputados.gob.mx/cedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>).

del Congreso de la Unión, en la que respecto al tema tratado, señalaron en la propuesta del artículo 19, que la vinculación a proceso permite que el costo del acceso a la jurisdicción no sea la prisión preventiva, acorde con las reformas consolidadas en países como Costa Rica y Chile; sin referirse a supuestos de excepción o catálogos de delitos inexcusables; en su iniciativa, se refiere a la presunción de inocencia, citando que está previsto en distintos textos internacionales, con la argumentación siguiente:

"...entre los que se pueden citar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 11 dispone en su párrafo primero que "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". En el mismo sentido, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley". Consecuentemente, en esta misma fracción se propone delimitar el uso de la prisión preventiva de acuerdo con lo que ordenan distintos tratados internacionales, según los cuales la privación de la libertad de manera cautelar solamente puede llevarse a cabo de forma excepcional; es decir, la regla general debe ser que una persona permanece libre durante el proceso hasta en tanto no se emita una sentencia condenatoria en su contra, mientras que la excepción - cuando concurren causas muy graves a juicio del juez competente- debe ser la prisión preventiva. La redacción que se propone permite al Estado mexicano cumplir con las obligaciones que le señala el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU. En México la utilización de la prisión preventiva ha sido excesiva. Actualmente tenemos, según datos recopilados por el reconocido especialista Guillermo Zepeda Lecuona, que el 42% de las personas que se encuentran en nuestras cárceles y reclusorios no han recibido una condena firme que los declare culpables de haber cometido algún delito; es decir, 90 mil de las 210 mil personas privadas de la libertad en México se encuentran en régimen de prisión preventiva. Esto propicia, entre otros efectos negativos, que el sistema penitenciario mexicano opere, en

promedio, al 130% de su capacidad, lo que impide a los reclusos llevar una vida digna. Aparte del significado que el uso indiscriminado de la prisión preventiva tiene en relación con la presunción de inocencia, hay que añadir consideraciones de carácter económico para demostrar la necesidad de que su uso se limite. Según datos del especialista citado, cada preso en México tiene un costo directo de 130 pesos diarios, lo que implica un gasto de 27 millones de pesos cada día y más de 800 millones al mes. Se trata de cantidades considerables que podrían ser perfectamente dedicadas a otros fines si la población penitenciaria se limitara a aquellas personas que han recibido una sentencia condenatoria o a aquellas que, estando vinculadas a un proceso penal, presentan un riesgo objetivo de fuga o de entorpecimiento del desarrollo del juicio. De esta manera se podría salvaguardar su presunción de inocencia y el Estado mexicano se ahorraría cuantiosos recursos económicos. ...”

Dicho tratamiento, persistió en la iniciativa (identificada como la tercera) presentada ya en solitario por el Diputado César Camacho Quiroz, al argumentar puntualmente:

*“...Debe tenerse en cuenta que el hecho de que una persona sea aprehendida porque prima facie se ha considerado probable su intervención en un hecho también probable, no necesariamente se traduce –como hasta ahora– en que el imputado vaya a quedar sometido a prisión preventiva. **Como más adelante se detallará, esta reforma implica que el sistema de justicia penal sea siempre pensado desde la libertad del imputado y no desde su encarcelamiento –de ahí que se abandone el sistema de delitos graves para determinar quién es procesado en prisión y quién lo es en libertad–, que es lo que ocurre actualmente. ...”***

Así como en una cuarta y quinta iniciativa que se enuncia en el proceso legislativo de la reforma en cuestión, presentada –una- por el mismo diputado César Camacho Quiroz, ahora con los diputados Felipe Borrego Estrada, Raymundo Cárdenas Hernández y Faustino Javier Estrada González; y –otra- la presentada por el grupo parlamentario del PRD, que hace alusión a los datos siguientes:

“...En México, alimentar, custodiar y albergar cada prisionero cuesta al contribuyente aproximadamente \$61,000 pesos al año (\$167 pesos por día). Según INEGI, hay 90,000 personas presas preventivamente. Esta población cuesta al erario \$15 millones de pesos diarios, 5.5 billones de pesos al año. Este monto se vería mejor empleado en programas sociales y de prevención del delito...”.

Ya en el pleno, en la segunda vuelta del debate en el Congreso sobre la reforma penal de 2008, el 26 de febrero de 2008, el Diputado Felipe Borrego señaló *“la prisión preventiva deja de ser una regla constante para ser una excepción”*; así también el entonces Diputado César Camacho Quiroz argumentó:

“...Un sistema —y lo subrayo— democrático de justicia penal, éste que los especialistas llaman “sistema acusatorio y oral”, que incorpora —y vale la pena decirlo con toda satisfacción— la presunción de inocencia que de la mano modifica el concepto de prisión preventiva, para convertirla en una excepción y no en una regla. Esta regla perniciosa que ha hecho que 90 mil de los poco más de 210 mil presos procesados, es decir, sin que aún se haya dictado sentencia condenatoria, se encuentran ahí, privados de su libertad, con todo el impacto no sólo económico, de integración familiar, sino de indignidad en el trato a las personas. Pero el dato más agudo es que de esos 90 mil, 72 mil lo están por haberseles atribuido la comisión de delitos patrimoniales menores de 5 mil pesos. En pocas palabras, el sistema de justicia penal está criminalizando la pobreza...”.

Y pasando a lo que finalmente quedó en la exposición de motivos, considero necesario puntualizar lo siguiente:

*“...Estas comisiones unidas comparten con la Colegisladora la opinión en el sentido de es necesaria una regulación especial para la imposición de medidas cautelares cuando se trate de los casos de delitos graves y de delitos que se consideran como de delincuencia organizada. **No obstante ello, las excepciones tienen que estar previstas en el propio texto constitucional, ya que si se hace un reenvío a la ley, inevitablemente se debilita el principio de supremacía constitucional.** Cuando por primera vez se creó el*

*sistema de delitos graves para la procedencia de la libertad provisional bajo caución, se tenía el propósito de que éstos fueran excepcionales. **No obstante, la experiencia estatal y federal ha mostrado que este sistema excepcional ha colonizado el resto del ordenamiento. Hoy por hoy existe un enorme abuso de la prisión preventiva, toda vez que la mayoría de los delitos están calificados como graves por la legislación ordinaria. Con la finalidad de superar este estado de cosas se impone que sea la propia Constitución la que determine aquellos casos excepcionales, para los que bastará acreditar el supuesto material para que en principio proceda la prisión preventiva. ...***

De lo anterior, se extrae para el análisis de lo destacado del proceso legislativo, que las primeras iniciativas no contemplaban el catálogo de delitos graves, que posteriormente –como se advierte que ha pasado en diversas implementaciones– se suben al debate los temas de política criminal, se tiene miedo de sólo pensar que por un delito “grave” se tenga que pedir y justificar la prisión preventiva para que el juez la otorgue, y entonces los diputados y diversos actores sociales, bajo la lógica del sistema inquisitivo, vuelven a poner los llamados “candados” a los que alude Javier Carrasco, y aunque se sigue hablando de presunción de inocencia, proporcionalidad, excepcionalidad y demás, se establece la excepción de los delitos inexcusables, por ello es que realmente, ese paso no dado, sí fue un tópico que quedó en el tintero del proceso legislativo de la reforma penal de 2008.

Hasta aquí concluye como tal, lo que se fija como perspectiva de historicidad de la prisión preventiva, conociendo sus grandes momentos, su estática primero, hasta su involución, y llegando a la reciente tendencia del derecho penal –evolutiva ahora sí– que pugna por su reivindicación como medida cautelar; fijado ello, se habrá de continuar en los apartados subsiguientes con el análisis de sus paradigmas en lo teórico, y posteriormente se abordarán diversas cuestiones de su tratamiento en la práctica.

1.3. De Ferrajoli a Dworkin... planteamientos teóricos.

1.3.1. El garantismo penal de Ferrajoli.

Ya planteada en la introducción la corriente epistemológica a la luz de la cual se realiza el presente trabajo, seguro estoy que no sorprende a nadie que se ubique en las tesis del jurista italiano Luigi Ferrajoli, que construyó la teoría “dominante” para los penalistas del siglo XXI; misma que no inició en el campo del derecho penal, dio a luz como una teoría que es la propia del “Estado Constitucional de Derecho”, apropiándose y acuñando –con su obra- los derechos de autor de la corriente “garantista”.

Señala Norberto Bobbio al prologar el libro “Derecho y Razón” en el que expone Luigi Ferrajoli su teoría del garantismo, que dicho autor pertenece a la familia de los positivistas en la tradición de Kelsen, Hart y el positivismo italiano del último cuarto del siglo XX, pero es un positivista atento a distinguir la validez formal, o vigencia de las normas, de su validez sustancial, un positivista consciente de que, una vez introducidos en la mayoría de las Constituciones los derechos naturales, se acabó en gran parte el tradicional debate positivismo-derecho natural. Bobbio como escuela de teoría del derecho ubica a Ferrajoli dentro del positivismo jurídico, pero como metodología, lo ubica más dentro de la filosofía analítica.³³

En un esfuerzo por explicar el garantismo, Marina Gascón asevera que “*garantizar significa afianzar, asegurar, proteger, defender, tutelar algo; y, cuando en la cultura jurídica se habla de garantismo, ese “algo” que se tutela son derechos o bienes individuales*”³⁴ por lo que Ferrajoli coincide con las tesis de Montesquieu sobre la desconfianza en el poder del Estado, las tendencias al exceso, y que el garantismo

³³ FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, trad. Perfecto Andrés Ibañez, et. Al., 6 ed. Trotta, Madrid, España, 2004, p. 17.

³⁴ GASCÓN Avellán, Marina, ensayo publicado en revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con el título: “La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli Derecho y Razón”. (Archivo PDF impreso vía electrónica octubre-2011. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr13.pdf>).

ofrece esas defensas de los derechos de los individuos frente a los abusos de otros individuos y sobre todo del Estado.

En efecto, Ferrajoli concibe su modelo garantista, por un cambio estructural de doble vertiente, en el derecho y en la democracia, que deviene de la inserción en ambos de una nueva dimensión sustancial, ya no solamente formal, en el derecho (vigencia) y en la democracia (decisión de mayorías). Asevera respecto a la tradición juspositivista clásica, que la razón jurídica actual tiene la ventaja derivada de los progresos del constitucionalismo del siglo pasado, que le permiten configurar y construir hoy el derecho como un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales.³⁵ Concibe además a los derechos fundamentales como condicionantes de la validez sustancial de las normas producidas y al mismo tiempo expresan los fines del moderno artificio que es el “Estado Constitucional de Derecho”.

1.3.1.1. Los hilos conductores del garantismo.

Los hilos conductores de la tesis del jurista italiano, están representados, primero, por el cambio de paradigma que supone el constitucionalismo rígido respecto del viejo modelo del positivismo jurídico; es lo que implica el transitar de un estado legislativo de derecho, a un estado constitucional de derecho; el primero, como una vinculación dirigida al juez (legalidad) y el segundo, vinculante para el legislador, a la actividad de las mayorías. El constitucionalismo de contenidos, produce un cambio de cualidad en las condiciones de validez de las leyes, la que ya no es reductible a la mera existencia de las mismas (aspecto formal) sino sólo el fruto de la coherencia con aquellos imperativos de orden sustancial. Dicha dimensión sustancial retroactúa sobre la propia democracia, la que no se agota

³⁵ FERRAJOLI, Luigi, “*Democracia y garantismo*”, Ed. Trotta, España, 2010, p. 19.

con las votaciones o elecciones, sino que se materializa en el contenido de los actos legislativos.³⁶

1.3.1.2. Tesis que plantea el garantismo.

El garantismo constituye una completa y compleja filosofía del derecho, que incluye tesis metodológicas, conceptuales y axiológicas, que enriquecen *-por su exhaustividad y originalidad-* posturas expuestas en otras filosofías del derecho, maximizadas en el derecho penal; pudiéramos afirmar *-conforme a Ferrajoli-* que los tres tipos de tesis son:

(i) La tesis metodológica fundamental se decanta por la conocida distinción entre lo real y lo ideal, pero a diferencia del positivo tradicional, el garantismo lleva dicho binomio a la esfera misma del derecho positivo; además, se enfrenta a un *deber ser jurídico* que se traduce en su realidad o efectividad, lo que conlleva una apertura de la ciencia jurídica a la dimensión de la eficacia, usualmente reservada, en los campos del derecho penal, a la sociología y/o a la política criminal.³⁷

(ii) En lo conceptual, el garantismo concibe a los sistemas e instituciones jurídicas como artificios humanos al servicio de fines más o menos valiosos.³⁸

(iii) Como teoría de la justicia propone un modelo igualitario, que pugna por la dignidad y el respeto de las personas, mismo que al estar ya constitucionalizado, compromete no sólo al legislador, sino también al juez *-en su interpretación y aplicación-* y al jurista, a éste último como su crítico desde una óptima interna, pero también desde una visión externa. El plano interno, que es el de la utilización crítica de las técnicas de garantía que el propio ordenamiento tiene ya, para colmar las lagunas, y reducir las antinomias. Y el plano externo que es el diseño y

³⁶ Obra citada, p. 22.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi, "*Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*", obra citada, pp. 854-855.

³⁸ Obra citada, pp. 853-854.

propuesta de nuevos recursos técnicos para mejorar el orden jurídico; en ello, ve Ferrajoli la tarea del jurista, en ello ve el moderno jusnormativismo.³⁹

1.3.2. La antítesis –quizá- el “derecho penal del enemigo”.

El concepto de *derecho penal del enemigo*⁴⁰ se atribuye al rescate que de otros autores, sobre todo contractualistas, realizó Günther Jakobs; inspirado en dicho autor, Francisco Muñoz Conde y Manuel Cancio Meliá⁴¹ establecen que es el conjunto de normas penales *sui generis* aplicables para un tipo de delincuente, inicialmente para autores de delitos económicos, pero últimamente a quien comete hechos terroristas, de narcotráfico, o es autor de delitos de delincuencia organizada. Serían reglas diferentes a las del derecho penal normal o aplicables al ciudadano “normal”, infractor de otros ilícitos, el cual sí contaría con los derechos y garantías reconocidas por el derecho penal moderno consignadas en las constituciones y convenios internacionales.

Se trataría de derechos penales distintos y con distintas finalidades o funciones, comprendidos en un mismo ordenamiento o bien en leyes especiales. El *derecho penal del enemigo* responde a un modelo funcional en el cual el valor prioritario es

³⁹ Obra citada, p. 927.

⁴⁰ El concepto fue introducido por Günther Jakobs a partir de una primera fase en un congreso celebrado en Frankfurt en el año 1985, en el contexto de una reflexión sobre la tendencia en Alemania hacia la “criminalización en el estadio previo a una lesión” del bien jurídico. En esta ponencia, Jakobs manifiesta la necesidad de separar en caso excepcional al Derecho penal del enemigo del Derecho penal de los ciudadanos con el fin de conservar el Estado liberal; tesis que en aquel momento no tuvo mayor trascendencia. Y es, a partir del Congreso de Berlín de 1999 que surge una segunda fase orientada hacia delitos graves contra bienes jurídicos individuales. Diferente fue la reacción crítica entre los juristas alemanes después de la intervención de Jakobs en este Congreso, principalmente por la diferenciación que el autor propone entre el Derecho penal del ciudadano dirigido a personas y el Derecho penal del enemigo destinado a no personas y que es, según Jakobs, necesario para combatir por ejemplo el terrorismo. En cuanto a ello, véase VÍQUEZ, Karolina, “*Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?*”, *Polít.crim.* N° 3, Costa Rica, 2007, p. 2. (archivo PDF impreso vía electrónica http://www.liberlex.com/archivos/DP_enemicus.pdf octubre-12).

⁴¹ JAKOBS, Günther y CANCIO Meliá, Manuel. “*Derecho penal del enemigo*”. Madrid, Civitas, 2003, p. 102; y MUÑOZ, Conde, Francisco, “*Derecho penal del enemigo*”. Conferencias magistrales, no. 6, México, INACIPE, 2003, p.44. (Archivo PDF impreso vía electrónica junio-12).

la estabilidad del sistema, para ello el instrumento deberá ser útil y eficiente; contra un enemigo se vale todo, imperará el poder del más fuerte, sería la preeminencia de la razón de Estado.

Hay brotes de ese derecho en todas las legislaciones modernas, sobre todo aquellas destinadas a combatir el terrorismo y el narcotráfico, por ejemplo, a nivel internacional los atentados a las torres gemelas, desencadenaron una suerte de políticas de excepción, de verdaderos estados de suspensión de garantías cuando existe sospecha de terrorismo;⁴² pero también a nivel local, basados en dicha política, es como se han “justificado” los arraigos, retenes, policías sin rostro, armamento pesado en funciones de patrullaje; revisiones a domicilios sin órdenes de cateo, entre otras estrategias actualmente vigentes, documentadas día con día en los boletines de las procuradurías y en las notas que consignan los medios de comunicación.⁴³

Jakobs propone que la construcción teórica *Derecho Penal del Enemigo* se edifica a partir de una previa distinción, la existencia de algunos sujetos que deben ser considerados como *ciudadanos* y la de otros que han de ser estimados y tratados como *enemigos*. A partir de ella, sostiene la configuración y vigencia de secciones del Derecho Penal inspiradas en paradigmas diversos. Una de ellas, el *Derecho*

⁴² La denominada *Patriot Act* de los EUA de 26 de octubre de 2001, que autorizan acciones tales como la intervención de llamadas, registros domiciliarios secretos, juicios secretos, invasión de la confidencialidad entre abogado y defensor. Véase en cuanto a ello CASTRESANA Fernández, Carlos, “*Guerra al terror y derecho*” Revista Jueces para la Democracia, número 43, Madrid, 2002, p. 6. (Archivo PDF impreso vía electrónica <http://www.juecesdemocracia.es/asociacion> . Enero-12).

⁴³ Por ejemplo, de acuerdo con el informe *Ni seguridad, ni derechos. Ejecuciones, desapariciones y tortura en la 'guerra contra el narcotráfico' de México*, de la organización humanitaria internacional Human Rights Watch (HRW), la Estrategia de Combate a la Delincuencia Organizada, emprendida por el presidente Felipe Calderón en diciembre de 2006, no logró reducir la violencia en el país y en cambio ha incrementado drásticamente las violaciones a los derechos humanos. (Consulta en línea: <http://mexico.cnn.com/nacional/2011/11/09/> noviembre-11). Además, el titular de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, señaló que en el país en sexenio de Felipe Calderón, aumentaron en un 500% las violaciones a los Derechos Humanos; en tortura, tratos degradantes, cateos ilegales e impunidad. (Consulta en línea: <http://www.sintesis>. Octubre-12).

Penal del Ciudadano, define y sanciona delitos, o infracciones de normas, que llevan a cabo los ciudadanos de un modo incidental y que normalmente son la simple expresión de un abuso por los mismos de las relaciones sociales en que participan desde su status de ciudadanos, es decir, en su condición de sujetos vinculados a y por el Derecho. La otra, el *Derecho Penal del Enemigo*, configura y castiga actos de aquellos que habrían sido cometidos por individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental, y por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demostrarían este déficit por medio de su comportamiento.⁴⁴

En cuanto a los “ciudadanos” una contravención no desvirtúa la expectativa de comportamiento posterior conforme a derecho, por lo que existe confianza depositada en él por el Estado en orden de presumir su voluntad a permanecer bajo el amparo y vigencia del derecho, confianza que es su responsabilidad mantenerla vigente.⁴⁵ En ello refleja la tesis contractualista, quien no manifiesta fidelidad al ordenamiento jurídico, no sería ciudadano sino enemigo, ergo, las penas con que se les sanciona no llevan como finalidad reafirmar la vigencia del derecho, sino asegurarla mediante la neutralización de la fuente del peligro.

Según Jakobs,⁴⁶ los rasgos distintivos del derecho penal del enemigo son: **(i)** Un amplio adelantamiento de la punibilidad, establecimiento de delitos de peligro, y de políticas de “prevención” del delito, **(ii)** desproporcionalidad de las penas, **(iii)** disminución e incluso supresión de las garantías procesales individuales, y **(iv)** el

⁴⁴ GRACIA, Martín, Luis, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo”, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, número 7, p.6. (Archivo PDF impreso vía electrónica <http://criminet.ugr.es/recpc/> consultado en enero-12).

⁴⁵ JAKOBS, Gunther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en JAKOBS, Gunther, CANCIO Mellá, “Derecho penal del enemigo”, Madrid, Editorial Thompson Civitas, 2003, p.96.

⁴⁶ JAKOBS, Gunther, “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”, Estudios de Derecho Judicial no. 20, 1999, pp. 119-146. (Archivo PDF impreso vía electrónica: <http://www.libreroonline.com/libros/>. Consultado enero de 2012).

establecimiento de un sistema especial penitenciario (cárceles de máxima seguridad).

1.3.3. Tensiones entre garantismo y derecho penal del enemigo.

Las tensiones entre ambos andamiajes teóricos, predominan en los debates del derecho penal moderno, para Nuñez Leiva⁴⁷ serían las siguientes:

(i) El derecho penal del enemigo contraviene la dignidad humana en cuanto a que promueve una segmentación de los miembros de la sociedad, como una medida para proveer una aparente seguridad al colectivo social, los enemigos en sí, son vistos como medio para un fin;

(ii) Como lo ha dicho Jakobs, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos;

(iii) Como negación de la vigencia del *derecho penal de ciudadanos* implica un ejercicio directo de pura coacción, es un dispositivo de fuerza puesto al servicio de la exclusión, lo que desconoce la dignidad del hombre, pues lo instrumentaliza y lo convierte en una cosa entre las cosas;⁴⁸

(iv) Es insuficiente la justificación propuesta para la aplicación de estatutos sancionatorios diversos a quienes estima distintos, para vencer la universalidad como elemento esencial de la esfera normativa de la dignidad humana. Puesto que, una de las bases del sistema estipulativo propuesto por el Derecho Penal de Enemigo consiste en que éste se aplicaría a los no personas. Sin embargo,

⁴⁷ NUÑEZ Leiva, José Ignacio, "Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario", Revista Política Criminal volumen 4, número 8, 2009, pp. 399-401. (Archivo PDF impreso vía electrónica <http://politicacriminal.cl> consultado en febrero-12).

⁴⁸ En este punto el autor citado cita a su vez a Welzel, y se remite a: WELZEL, Hans, "Introducción a la filosofía del Derecho", Valencia, Editorial Tirant Lo Blach, 2005, p 251.

construye la categoría de no persona a partir de la violación del derecho penal de los ciudadanos (personas), que para infringirlo, se debe ser ciudadano y persona; por tanto, apunta Núñez Leiva, el *derecho penal del enemigo* no tiene destinatarios reales, empíricos, sino que son creados por medio de la aplicación de este derecho penal, no antes. Es una decisión judicial, ni siquiera legal, la que define que seres humanos, y cuáles no, son dignos;

(v) Positiviza la fuente de la dignidad, al proponer que no es la naturaleza humana la que genera aquel atributo invariable, sino que ella depende de una relación bilateral entre individuo y Derecho;

(vi) Por último, también se plantea como incompatibilidad entre derecho penal del enemigo y garantismo, la negación del ser humano como destinatario del Derecho, un ente pre jurídico, natural. Es el hombre quien crea al Derecho y no a la inversa. Y tal creación ha de tener en cuenta los atributos propios del ser humano para estructurarse, siendo base de dichos atributos, justamente su dignidad. Luego, negar la dignidad, en este contexto, es negar una de las bases que estructura al propio sistema jurídico.

En suma, se advierte harto difícil justificar las tesis del derecho penal del enemigo desde el plano del *deber ser*, las justificaciones caen por sí solas; pero las mismas también emergen cuando se analizan aspectos reales, el *ser*, lo relativo a las cuestiones de política criminal y la práctica cotidiana, será materia de estudio al analizar los enfoques y tratamientos pragmáticos.

1.3.4. Los derechos en serio de Dworkin.

Pasando al siguiente enfoque, primero plantearía, *¿porqué analizar las tesis de los derechos en serio?*, junto a las dos grandes construcciones teóricas dominantes en el derecho penal de los últimos años, el garantismo y el derecho penal del enemigo. La justificación la encuentro en el salto de nuestro sistema jurídico al

modelo acusatorio, y en la necesidad de buscar respuestas en planteamientos que se desarrollen, menos en lo abstracto, y más en lo casuístico.

Entrando en materia, Ronald Dworkin con su libro *“Los derechos en serio”* que publicó por primera vez en 1977, construyó una teoría general del derecho -que no excluye ni el razonamiento moral ni el razonamiento filosófico- basada en los derechos individuales. Su ataque al positivismo, se basa en una distinción lógica entre normas, directrices y principios, que no se pueden identificar por su origen, sino por su contenido y fuerza argumentativa. Mientras las **(i)** normas tienen la particularidad de aplicarse en *toto* o no aplicarse, los **(ii)** principios dan razones para decidir en un sentido determinado, pero a diferencia de las normas su enunciado no determina las condiciones de su aplicación; el contenido material del principio, esto es -su peso específico- es el que determina cuándo se debe aplicar en una situación determinada. Las **(iii)** directrices hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos.⁴⁹

Una de las reglas del juego es que los principios alimentan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante; para dar sustento a su teoría, Dworkin se basa en una serie de ejemplos o casos prácticos⁵⁰ resueltos por la Corte Constitucional de EUA, por lo que sus tesis no sólo tienen funciones cognoscitivas, sino también prácticas de adecuación del derecho al cambio social. Para Calsamiglia, el enfoque de problemas concretos, y el análisis de sus consecuencias son necesarios en un ámbito cultural como el nuestro (América Latina) en el que el saber jurídico más desarrollado -la

⁴⁹ DWORKIN, Ronald, obra citada, p. 72-80.

⁵⁰ A diferencia de las construcciones teóricas de tratadistas europeos, que basan sus argumentos en cuestiones abstractas, por lo que Dworkin fiel a la tradición jurídica norteamericana, parte de problemas muy concretos y no acepta el postulado formalista de la separación absoluta entre el aspecto descriptivo de una teoría y su aspecto normativo. Véase prólogo de A. Calsamiglia, obra citada, p. 27.

dogmática- se ha refugiado en un esplendoroso aislamiento para evitar la debilidad de sus planteamientos.⁵¹

Los argumentos de Dworkin no son irracionales, ni tampoco se simplifican en un nuevo jusnaturalismo, es más bien una tercera vía que tiene un aparato crítico propio, el modelo de la reconstrucción racional aplicado al conocimiento y a la crítica del derecho. Para poner a prueba las tesis positivistas,⁵² plantea el problema de la función judicial, el positivismo mantiene la tesis de la discreción del juez cuando no exista una norma exactamente aplicable, porque el derecho no puede ofrecer respuesta a todos los casos que se le plantean; a dicho problema Dworkin lo enfrenta con la tesis de la respuesta correcta ante los "casos difíciles",⁵³ en los que existe incerteza por lagunas o por antinomias, pero que sí tienen una respuesta más correcta que otra, acudiendo a *los principios*. Al juez no le es legítimo dictar normas, mucho menos de forma retroactiva si es que se toma la democracia en serio,⁵⁴ al juez se le debe exigir la búsqueda de criterios y la construcción de teorías que justifiquen la decisión.

1.3.4.1. Aporte de las tesis de Dworkin al derecho penal del siglo XXI.

Ahora, cuál es el aporte de las tesis de Dworkin al derecho penal del siglo XXI, ahora que, superado fue ya el paradigma de la legalidad, en los tiempos de la ponderación como técnica interpretativa de las normas a la luz de principios y derechos humanos que ya están contenidos en derecho positivo vigente, siempre bajo el principio *pro persona*.

⁵¹ Obra citada, p. 26.

⁵² Que de acuerdo a Dworkin emana la versión más depurada de H. Hart, y en toda su obra va tomando como referencia sus tesis, para hacer distinción -o coincidencia- con las suyas, véase obra citada, p. 72.

⁵³ Obra citada, pp. 146-208.

⁵⁴ Obra citada, p. 14.

Me parece, que trasciende, tiene vigencia e incluso marcan tendencia casi cuarenta años después de su publicación “*los derechos en serio*”, por dos razones fundamentales; la primera, **(i)** por la tesis que pondera que los principios siempre lo serán independientemente que ya estén en un ordenamiento legal, llámese ley, Constitución o Tratado. Ambos conjuntos de estándares (normas y principios) apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Puntualiza Dworkin, “*Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces, o bien la norma es válida (aplicable), en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión*”,⁵⁵ ello bajo una clara forma disyuntiva, o es o no es.⁵⁶

En cambio no es así como operan los principios, ni siquiera los que más se asemejan a las normas jurídicas -en estricto sentido- establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas (subsunción).⁵⁷ Los principios más bien enuncian una razón que discurre en una sola dirección, por ejemplo, si una persona beneficiado directamente de su ilegalidad obtuvo algo, esa será una razón que la ley tendrá en cuenta para decidir si (esa persona) debe o no conservar ese “algo”; y desde luego, puede haber principios o directrices que apunten en contrario, en éstos casos, emerge otra diferencia entre normas y principios; la dimensión del peso o importancia, lo que conocemos comúnmente como *ponderación* cuando existe colisión de principios.

La segunda aportación -de las tesis de Dworkin- al derecho penal en la actualidad, **(ii)** se encuentra en la dimensión dada a las llamadas *directrices*, o directrices

⁵⁵ Obra citada, p. 75.

⁵⁶ Salva Dworkin la cuestión de las excepciones a la regla, con la máxima ya bastante conocida que las mismas -de darse- no hacen sino confirmarla. Obra citada, p. 75.

⁵⁷ Pone Dworkin como ejemplo el principio de “que nadie puede beneficiarse de su propio delito” el que es respetado en derecho, pero ello no redundaría en que la ley nunca permite que un hombre se beneficie de las injusticias que comete, sino por contrario, es frecuente que sí lo haga de manera totalmente legal. Cita la *usucapión* como ejemplo específico. Obra citada, p. 77.

políticas,⁵⁸ no obstante que estén contenidas en normas jurídicas en sentido formal, Dworkin establece un distingo, primero, con los principios, y después, con las normas jurídicas en *estricto sentido*.

En cuanto a lo (ii.i) primero, lo ubica en el campo de la teoría política; asevera que, los argumentos políticos *-fuente de las directrices-* justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto a todo;⁵⁹ en cambio los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura un derecho, individual o del grupo; en caso de colisión entre argumentos políticos y argumentos de principio, Dworkin propone la solución de la ponderación por el peso específico, a excepción de cuando se ventilan cuestiones civiles, en los que –propone- debe prevalecer los argumentos de principio;⁶⁰ aquí contrasta con las propuestas de los utilitaristas, en cuanto a que el análisis económico, la eficacia y la utilidad prevalecería; y tendría un matiz también con los garantistas, que siempre le darían más peso a una argumento de principio que a uno político, aún cuando no se trate de un supuesto como el que hace distingo Dworkin.

Siguiendo con el razonamiento, nos remitimos al segundo distingo propuesto, (ii.ii) entre derechos individuales y directrices, los primeros –refiere Dworkin- son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto a individuos, desean tener o hacer, o cuando no se justifica fehacientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio,⁶¹ es claro

⁵⁸ Que igualmente, con la tradición jurídica mexicana con tendencia a convertir en “derecho positivo vigente” todos los supuestos para que existan en la realidad, siendo pioneros en los “derechos sociales”.

⁵⁹ Por ejemplo, la decisión del Congreso de Nayarit de tipificar el fraude específico de la fracción XVI del Código Penal de Nayarit, ubicándolo como delito grave (haciendo distingo con los demás supuestos de fraude específico y con el genérico) señalando en la exposición que se trata de proteger una actividad estratégica para la Entidad Federativa como la producción de alimentos en su fase primaria, agricultores, pescadores, actividad agropecuaria, véase decreto publicado en el Periódico Oficial del Estado de Nayarit del 24 de mayo de 2006.

⁶⁰ Obra citada, p. 150.

⁶¹ Obra citada, p. 37.

el argumento, no hay meta o fin político colectivo que valga, el sacrificio de derechos humanos individuales.

1.3.5. Reflexiones en cuanto a los planteamientos teóricos.

Las tesis resaltadas del ideario de Dworkin, me parecen argumentos de autoridad aplicables en el principal dilema del sistema penal actualmente, el aparente conflicto entre seguridad ciudadana *versus* derechos fundamentales, cada que se legitiman en argumentos de eficacia o directrices, prácticas como los retenes policiacos, inquisiciones y actos de molestia sin un principio de sospecha, los policías sin rostro, y otras prácticas ministeriales y judiciales inquisitivas, bajo el argumento del combate a la violencia y al crimen organizado y/u otros objetivos colectivos que *-incluso-* algunos están contenidos en textos constitucionales, emerge como una luz la tesis del distingo claro entre *derecho en estricto sentido* como triunfos del individuo frente al estado, y que ninguna directriz es justificación para su eliminación o disminución.

El derecho penal pone límites al objetivo utilitarista de la política criminal, en palabras de Dworkin: *"...El gobierno no conseguirá que vuelva a ser respetado el derecho si no le confiere (al desviado, excluido, etiquetado) algún derecho a ser respetado, y no podrá ser conseguido si descuida al único rasgo que distingue al derecho de la brutalidad ordenada. Si el gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho."*⁶²

⁶² Obra citada, p. 303. Cita que antecede de la siguiente reflexión: *"Los (países) seguirán estando divididos por su política social, y si la economía vuelve a debilitarse, las divisiones se encontrarán más aún. Si queremos que nuestras leyes y nuestras instituciones legales nos proporcionen las normas básicas dentro de las cuales hayan de ser cuestionados estos problemas, esas normas básicas no deben ser la ley del conquistador, que la clase dominante impone a las más débiles, tal como suponía Marx que era en derecho de una sociedad capitalista. El grueso del derecho ... no puede ser neutral, debe enunciar en su mayor parte, la opinión que tiene la mayoría del bien común ... deben demostrar (los funcionarios) que entienden lo que son los derechos y no deben sustraer nada de lo que la doctrina cabalmente implica"*.

También los postulados del garantismo desde luego que ponen límites a los objetivos de la política criminal, muchos de ellos expresados en las tesis de Jakobs, pero se insiste, el elemento que se destaca de los *derechos en serio* es su esfuerzo de proponer -en concreto- soluciones caso por caso, lo que es acorde con las tendencias de los sistemas de justicia de corte acusatorio.

CAPÍTULO 2. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, POLÍTICA CRIMINAL, Y OTROS ASPECTOS TÉCNICOS.

2.1. Principio de presunción de inocencia

2.1.1. Algo de perspectiva histórica.

Ya fijado el camino que el garantismo ha trazado como tendencia del derecho penal moderno, con la aceptación de los valores que amparan los derechos fundamentales, al representar los límites del estado frente a los gobernados, o lo que es lo mismo, los límites del *ius puniendi*.

En dicho camino, se reconoce el impacto causado por la publicación del libro del Marqués de Beccaria "De los delitos y de las penas",⁶³ que influyó en el pensamiento liberal que llevaría la revolución francesa y la etapa de ilustración, cambiando el concepto de derecho inquisitivo por el periodo de humanización de las penas, resultando principios que tratan de conciliar la finalidad represiva de las normas punitivas con un sistema de garantías jurídico-penales, entre ellos la presunción de inocencia.

Luis Prieto Sanchís, arguye que realmente el siglo XVII aportó algo original tanto en el plano especulativo, como en la práctica, *"...pues cabe decir que una buena parte de las ideas y valores que siguen procurando algún punto de humanidad y civilización a nuestro mundo contemporáneo, por más que tuvieran un origen más*

⁶³ Al respecto, señala GARCÍA Pablos de Molina, Antonio, "Derecho penal, Introducción", Universidad, Servicios de Publicaciones de la facultad de derecho, Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 422, *"critica Beccaria la irracionalidad, la arbitrariedad y la crueldad de las leyes penales y procesales del siglo XVIII, residuo anacrónico muchas de ellas de preceptos históricos obsoletos... Y, partiendo de la idea del contrato social, fundamenta el principio de legalidad de los delitos y de las penas, la convivencia de una política de prevención del crimen, y su teoría utilitarista del castigo. Beccaria, que se declaraba discípulo de Montesquieu, basa su alegato contra el sistema penal de la monarquía absoluta en la teoría del contrato social. Este sella el origen de la sociedad civil, de la autoridad y del principio de derecho de castigar."*

antiguo, se forjaron en el siglo XVII: los derechos humanos, el constitucionalismo, la democracia política y el gobierno representativo, el cosmopolitismo e incluso la solidaridad, cuyo precedente bien puede rastrearse en la venerable filantropía y desde luego también el garantismo penal que representa la más fecunda proyección a nuestros días de la filosofía jurídica ilustrada".⁶⁴

El principio de presunción de inocencia, en el que se sostiene la decisión de los juzgadores de absolver al justiciable cuando no se pruebe plenamente su culpabilidad, también tiene antecedentes históricos remotos como el Digesto, que al prescribir la "*Nocetem absolveré satius est quam innocentem damniri*" (Decio), es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente.⁶⁵

Al respecto, Ferrajoli⁶⁶ ha señalado, como antecedente importante de la presunción de inocencia, la tradición empirista inglesa, a consecuencia de la primera enunciación legal del principio de jurisdiccionalidad contemplado en el artículo 39 de la Carta Magna Inglesa de Juan Sin Tierra de 1215, que así estipula que "*ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni modificada su posición de cualquiera otra forma, ni nos procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros a hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país*". Asevera Ferrajoli que en esta formulación clásica, el principio expresa ya tres garantías fundamentales: a) el *habeas corpus*, es decir, la inmunidad del ciudadano frente a restricciones arbitrarias de su libertad personal y, en general, frente a castigos o intervenciones de autoridades que lesionen sus derechos; b) la reserva de jurisdicción en materia penal, es decir, la atribución de la averiguación

⁶⁴ PRIETO SANCHIS, Luis. La filosofía penal de la ilustración, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, pp. 11 y s; véase del mismo autor Constitucionalismo y Positivismo, Fontamara, México, 1997.

⁶⁵ Citado por AGUILAR LÓPEZ, Miguel Angel, "*Presunción de inocencia. Principio Fundamental en el sistema acusatorio*", Ed. Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, División Editorial, 2ª. edición, México, 2009, p.18, como ROMERO Arias, Esteban, "*La presunción de inocencia, estudio de algunas consecuencias de la Constitucionalización de este derecho fundamental*", Ed. Aranzandi, Pamplona, 1985.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi, "*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*", trad. Perfecto Andrés Ibañez, et. Al., 6 ed. Trotta, Madrid, España, 2004, p.539.

y represión de los delitos únicamente al “juicio legal” de un sujeto imparcial e independiente; c) la presunción de inocencia, en virtud de la cual nadie puede ser tratado o castigado como culpable, sin un juicio legal y antes de que este concluya.

2.1.2. La presunción de inocencia como derecho fundamental.

Piedra angular de la reforma penal de 2008, es el reconocimiento expreso⁶⁷ de la presunción de inocencia como un derecho fundamental a favor de todos los individuos sometidos a un proceso jurisdiccional, respondiendo y poniéndose a tono la Constitución con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que lo consagran como garantía, tales como las Declaraciones Universal (artículo 11, párrafo 2) y Americana (artículo XXVI) de Derechos Humanos, del 10 de diciembre y 2 de mayo de 1948, respectivamente; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (artículo 14.2); la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 (artículo 8.2) así como por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (artículo 84, párrafo 2), adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955.

⁶⁷ Que hasta antes de dicha reforma, el Pleno de la SCJN había interpretado que era implícito, en la tesis siguiente: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos...”. *Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXV/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos.*

Miguel Ángel Aguilar López⁶⁸ asevera que la presunción de inocencia como garantía fundamental sobre la cual se establece el proceso penal de corte liberal, sostiene que el fundamento del *iuspuniendi* del estado, se basa en el anhelo de los hombres por tener un sistema equitativo de justicia que proteja los derechos fundamentales de las personas frente a la arbitrariedad y el despotismo de la autoridad que han existido a lo largo de la historia.⁶⁹

2.1.2.1. Definiciones teóricas y gramaticales.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁷⁰ define el vocablo “principio” como: *“Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia. Causa, origen de algo. Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes.”* En cuanto al significado de “presunción” proviene de la palabra *praesumptio*; la cual a su vez se deriva de la palabra *praesumo*, que significa: *“Tomar antes, tomar como cierto un hecho o una afirmación que es dudosa, pero que tiene cierta verosimilitud gracias a la concurrencia de otros hechos, o afirmaciones que están probadas o son evidentes”*. Finalmente, el vocablo “inocencia” se define como: *“Estado del alma limpia de culpa. Exención de culpa en un delito o en una mala acción. Candor, sencillez”*.

⁶⁸ AGUILAR López, Miguel Angel, *“Presunción de inocencia. Principio Fundamental en el sistema acusatorio”*, Ed. Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, División Editorial, 2ª. edición, México, 2009, p.131.

⁶⁹ La finalidad del procedimiento penal se puede apreciar en esta afirmación: “protejo a este hombre porque es inocente, y como tal lo proclamo mientras no hayais probado su culpabilidad; y esta culpabilidad debéis probarla en los modos y con las formalidades que yo os prescribo y que vosotros debéis respetar, porque también proceden de dogmas racionales absolutos”. CARRARA, Francisco, *Opúsculos de derecho criminal*, volumen V, 2 ed., Temis, Bogota, 2000, p. 481.

⁷⁰ Consulta en línea: <http://lema.rae.es/drae/?val=> (octubre de 2011)

Ronald Dworkin⁷¹ en términos generales, se refiere a “principio” como todos aquellos estándares que no son normas, pero que en ocasiones sí las distingue de las directrices políticas, cuando se refieren a logros u objetivos sociales.

Después de haber definido los vocablos que componen el principio aludido, ahora corresponde indagar sobre su naturaleza jurídica, con el propósito de determinar si nos encontramos realmente ante un derecho o principio. Para ello, es importante recordar que la afirmación *tout homme étant résumé innocent* (todos hombres son presuntamente inocentes), que forma parte del texto de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, no puede ser planteada en un sentido puramente técnico de prueba indirecta,⁷² según lo expone el jurista brasileño Gomes Filho el recurso de la “presunción” tenía muy poco que ver con la idea de la consecuencia que la ley extrae de un hecho conocido para deducir un hecho desconocido y significaba, más bien, una actitud emocional de repudio al sistema procesal hasta entonces vigente, en el cual el acusado debía comprobar la improcedencia de la acusación, bajo pena de soportar las consecuencias de ello; explica dicho autor, que la inocencia no tiene que ver con la noción de no culpabilidad, revelando, más bien, la creencia rousseauiana de la bondad innata del ser humano.

Por ello, resultan impropias las críticas formuladas al valor que tendría el precepto en relación a que la experiencia demuestra que constituyen mayoría los acusados no inocentes, lo que impediría la deducción; o, también, la argumentación opuesta, en el sentido que la mayoría de los hombres son honestos, estando por lo tanto el principio conforme con la naturaleza de las cosas.

Para Vegas Torres⁷³ ese principio tiene tres significados, **(i)** es garantía básica del proceso penal, **(ii)** es regla del tratamiento del imputado durante el proceso, y **(iii)**

⁷¹ DWORKIN, Ronald, “*Los Derechos en Serio*”, Ed. Planeta Agostini, Barcelona, 1993, p. 72.

⁷² GOMES FILHO, Antonio Magalhães, “*Presunción de inocencia y prisión preventiva*”, trad. Claudia Chaimovich Guralnik, Ed. Conosur, Chile, 1995, p. 42.

⁷³ Citado por CÁRDENAS Rioseco, Raúl F., “*Presunción de Inocencia*”, en el mundo del abogado, año 5, No. 40, México, agosto 2002, p.34.

es regla relativa a la prueba. En ello radica la importancia de su reconocimiento expreso en el artículo 20 Constitucional.

2.1.2.2. Definiciones normativas.

En el proyecto de código modelo de SETEC, se establece en el artículo 14 que *“Toda persona se presume inocente en todas las etapas del procedimiento en tanto no fuere condenada por una sentencia firme en los términos señalados en este Código. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del acusado. En caso de duda debe aplicarse lo más favorable para el imputado”*.

A su vez en el código modelo del Proceso penal Acusatorio para los estados de la federación, redactado por la CONATRIIB, en el artículo 8 se establece el principio de presunción de inocencia, en cuatro puntos consistentes: (i) toda persona se presume inocente, en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su responsabilidad en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en ese código. En caso de duda, se resolverá a lo más favorable para el imputado; (ii) en la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad; (iii) hasta que se dicte sentencia condenatoria, ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido; (iv) en los casos del sustraído a la acción de la justicia, se admitirá la publicación de los datos indispensables para su aprehensión por orden judicial.

Ferrajoli⁷⁴ asevera que *“si se quiere que la leve restricción de la libertad que comporta no sea desproporcionada al valor de los bienes lesionados por el delito por el que se procede, se justifica solo en los procesos por los delitos mas graves y a partir de exigencias de la instrucción debidamente motivadas”*. Para este autor italiano, el imputado debiera comparecer libre ante el juez de la causa por necesidades procesales, puesto que este postula que: *“...la prisión preventiva*

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi, *“Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, et. Al., 6 ed. Trotta, Madrid, España, 2004, p.541.

después del interrogatorio puede valorarse positivamente solo quienes consideren el papel de la defensa como un inoportuno estorbo y la instrucción como inquisición de parte. Por el contrario, dentro de una concepción cognoscitiva y acusatoria del proceso, la prisión provisional no solo no es necesaria sino que resulta perjudicial para la averiguación de la verdad por el cause del juicio contradictorio”.

2.1.2.3. Algunas reflexiones sobre presunción de inocencia.

Además de ser una norma constitucional, expresa y propiamente, a partir de la reforma de 2008, la presunción de inocencia es un eje rector de todo el ordenamiento penal, inspirado por criterios superiores de libertad y respeto a la dignidad de los ciudadanos, tal como lo plantea Jorge Nader Curi,⁷⁵ al resaltar que: *“...la libertad personal, al ser la más restringida de todas las garantías de libertad, porque la prisión preventiva, en los hechos, es la regla, y no como debería ser la excepción al principio universalmente admitido de que todo individuo debe ser tratado como inocente mientras no se demuestre en sentencia su culpabilidad”.*

Miguel Angel Aguilar López,⁷⁶ propone al respecto que la presunción de inocencia, como principio rector tiene los significados siguientes: **(i)** Como principio informador de todo proceso, junto con el debido proceso legal; **(ii)** como regla relativa a la prueba, de no tener que demostrar inocencia el reo; **(iii)** como regla de tratamiento del imputado; **(iv)** como presunción *iuris tantum*, pues determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo el proceso. Se coincide con el valor dado en el derecho penal moderno a la presunción de inocencia, con su elevación a nivel constitucional, con

⁷⁵ NADER Kuri, Jorge, “Ampliación de la garantía de presunción de inocencia” Revista Mexicana de Justicia, sexta época, número 8, México, 2004, p. 499. Consulta en línea: www.ijf.cjf.gob.mx/.../diplojusticiapenal/Presunción%20de%20inoce... (octubre de 2011)

⁷⁶ AGUILAR López, Miguel Angel, obra citada, p.168-178.

sus definiciones jurídicas en los textos de corte acusatorio, con las interpretaciones pretorianas en sede local y en sede interamericana, se le dio –en lo abstracto- fuerza y rango de principio de principios, de eje rector; la tarea sería entonces, en lo concreto, darle el empuje y el alcance que ya tiene ganado en el plano del deber ser.

2.2. Medidas cautelares en el proceso penal.

2.2.1. ¿Qué son y para qué sirven las medidas cautelares?

Uno de los mayores retos de la reforma penal de 2008, fue precisamente el entender y comprender, que la prisión preventiva es una medida cautelar, y no una consecuencia del proceso originada por todo el esquema normativo del sistema tradicional; ello nos obliga a conocer y estudiar, la naturaleza y objetivos de dicha institución jurídico procesal.

El proceso penal tiene como objetivo total hacer efectivo el *ius puniendi*, esto es, obtener mediante la intervención del Juez, la declaración de certeza, positiva o negativa, del fundamento de la pretensión punitiva derivado de un delito. Así, siendo el objeto del proceso penal un hecho que está considerado como delito, cuya comisión se imputa a una persona determinada, se hace necesaria la existencia de un conjunto de medidas tendientes a asegurar la presencia del imputado durante el desarrollo del proceso, y para el dictado de la sentencia definitiva.

Por otro lado, tenemos a la víctima, por lo que se requieren medidas que velen por su seguridad, de los testigos y la sociedad en general, aunado a ello es menester también asegurar aquellas cosas o instrumentos que sirvan para esclarecer los

hechos investigados o enjuiciados; y por último, tenemos lo relativo a las garantías para cubrir una factible reparación del daño.

Lo anterior es lo que conforma el espectro de las llamadas medidas cautelares en el proceso penal, denominación que surge de la finalidad principal de cautelar, asegurar o garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia; tomando en consideración el hecho de que el drama penal es generalmente lento, exige tiempo, aún cumpliéndose (que no siempre) la encomienda de justicia pronta y expedita; ello abre la puerta para que el imputado realice conductas que pudieren impedir o dificultar dichos objetivos fijados, las medidas cautelares son pues el conjuro para disminuir o desaparecer dicho riesgo.

2.2.2. Algo de doctrina, de lo civil a lo penal.

La teoría de las medidas cautelares es más común para la materia civil, atinente a las providencias instructorias anticipadas, providencias precautorias, embargos precautorios, o también llamadas medidas precautorias;⁷⁷ para el jurista Piero Calamandrei⁷⁸ lo que caracteriza a las providencias cautelares son su provisionalidad y su instrumentalidad, respecto a lo primero señala que los efectos propios de estas medidas tienen una duración limitada a aquel periodo que deberá transcurrir entre su imposición y el dictado de la determinación jurisdiccional ya en definitiva; en cuanto a que son instrumentales, se debe a que lejos de constituir un fin por sí mismas, están preordenadas al proveído de una ulterior providencia principal, cuyo resultado práctico aseguran preventivamente.

Por último, desde aquellos tiempos, Calamandrei ya señalaba que para que estas medidas pudieran ser decretadas por el órgano jurisdiccional, era necesaria la existencia de dos presupuestos:

⁷⁷ ROJAS, Mario, *"Las medidas precautorias"*, editorial Librotec Ltda. Editores, Chile, 1965, pp. 18-24.

⁷⁸ CALAMANDREI, Piero, *"Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares"*, Editorial bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 37.

(i) La apariencia del buen derecho (*fumus boni juris*); y

(ii) el peligro o riesgo del retraso o la demora (*periculum in mora*).

El primer supuesto (i) exige que en el proceso esté manifiesta la probabilidad de que la resolución final declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar, desde luego, no se requiere la certeza de la existencia del derecho (ello será materia de la determinación definitiva), sino que exista un juicio de probabilidad respecto al derecho que se reclama. El (ii) peligro en la demora se refiere a la existencia del riesgo que durante el tiempo que va desde el inicio del proceso hasta que recae la resolución definitiva, pudiera sobrevenir un hecho causal o provocado por alguna de las partes que frustre o dificulte la eficacia de la resolución jurisdiccional.⁷⁹

Para Julio Banacloche⁸⁰ esta teoría civil de las medidas cautelares es trasladada al ámbito penal precisamente para prever que el inculpado en caso de una sentencia desfavorable para él, se aproveche de la duración del proceso para eludir las eventuales responsabilidades penales, no compareciendo al mismo o ya bien obstaculizando el proceso en cuanto a las pruebas, o bien eludiendo la reparación del daño al reducir o eliminar su patrimonio. La situación de estas medidas es un tanto paradójica, por esa suerte de anticipación a la determinación definitiva, que en ocasiones se pudiere confundir con prejuzgar sobre ello; ergo, en tal ponderación costo-beneficio entre dictarla y no dictarla, estriba la clave para el juzgador.

Siguiendo con Calamandrei⁸¹ define a las medidas cautelares como la *“anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que se podría derivar del resultado de la misma”*; en

⁷⁹ ILLESCAS, Ángel Vicente, *“Las medidas cautelares personales en el proceso penal”*, revista de derecho procesal dirigida a Iberoamérica número 1, Madrid, 1995, p. 68.

⁸⁰ BANACLOCHE, Julio, *“La libertad personal y sus limitaciones”*, Editorial Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, p. 286.

⁸¹ CALAMANDREI, Piero, *“Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Librería el foro, Buenos Aires, 1997, p. 43.

consonancia Couture⁸² asevera que se trata de “actos de índole asegurativa de la eficacia en la decisión judicial, caracterizados por una anticipación de lo que ha de venir”.

Ya en cuanto a algunos tratadistas mexicanos, tenemos que Fix Zamudio y Ovalle Fabela, se refieren a ellas como “medidas o providencias cautelares, definiéndolas como los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave o irreparable daño a las partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación del proceso”.⁸³ En fin, éstas serían algunas de las definiciones planteadas por grandes juristas, y que ilustran en cuanto al tema tratado.

2.2.3. Las medidas cautelares en el proceso penal mexicano.

Como ya se fijó, las medidas cautelares han tenido poca presencia en el sistema penal mexicano, ante el avasallamiento de la prisión preventiva como único mecanismo de sujetar al imputado al proceso, ello se puede verificar con el contenido normativo del Código Procesal Penal del Estado de Nayarit,⁸⁴ que las establece en los siguientes supuestos:

- (i) Para proporcionar auxilio y seguridad a las víctimas (art. 2 fracción VII).
- (ii) Para restituir a la víctima y/o ofendido en el goce de sus derechos (art. 34, 125 fracc. III, 421).
- (iii) Prisión preventiva como forma de asegurar al imputado al proceso (arts. 103, 117, 118, 123, 156, 157, 158, 159).
- (iv) Libertad provisional bajo caución como forma de asegurar al imputado al proceso (arts. 157, 338, 338 bis, 342 al 354).

⁸² COUTURE, Eduardo, “Fundamentos del derecho procesal” Editorial de palma, tercera edición, Buenos Aires, 1972, p. 326.

⁸³ FIX ZAMUDIO, Héctor y OVALLE FABELA, José, “Derecho Procesal”, UNAM, México, 1991, p.72.

⁸⁴ Vigente en el mes de octubre de 2011 que se consulta, no es todavía proceso penal de corte acusatorio, pero sí contiene pequeñas reformas “preparativas” que se han introducido.

De dichas previsiones se advierte que el sistema penal tradicional no contempla a las medidas cautelares –en su naturaleza- se insiste, se tiene a la prisión preventiva como consecuencia del proceso, y la libertad provisional bajo caución como un “beneficio”.

2.2.3.1. Medidas cautelares en el Código Modelo de SETEC.

Ahora bien, *¿cuál ha sido el tratamiento normativo de las medidas cautelares en los códigos de corte acusatorio?*, para referirnos a ello, tomaremos como base el Código Modelo Procesal Penal elaborado por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del sistema de Justicia Penal en México (SETEC), ya que de acuerdo al convenio de las entidades federativas –que Nayarit ya firmó- se tiene el compromiso de tomar como base en una suerte de tendencia de homologar los enjuiciamientos procesales en el país,⁸⁵ siendo su contenido en cuanto al tema que nos ocupa lo siguiente:

Marco normativo sobre medidas cautelares en el Código Modelo de SETEC.

Reglas generales

Las medidas cautelares contra el imputado serán impuestas mediante resolución judicial, salvo el caso de la medida cautelar otorgada por el ministerio público durante la investigación inicial prevista en el artículo 224 de este Código, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido, evitar la obstaculización del procedimiento o asegurar el pago de la reparación del daño.

Corresponderá a la autoridad competente para medidas cautelares y salidas alternas, vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

Tipos de medidas cautelares

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:

⁸⁵ Incluso, dicho Código Modelo con fecha 21 de septiembre de 2011, fue presentado por el Ejecutivo Federal como iniciativa de Código Federal de Procedimientos Penales, de corte acusatorio, por conducto del Licenciado Felipe Borrego Estrada (SETEC). Ello consultable en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados de fecha 22 de septiembre de 2011. Consulta en línea: <http://portal.setec.gob.mx/gaceta2011Sep22.html> (octubre de 2011).

- I. Presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe;
- II. La exhibición de una garantía económica;
- III. El embargo precautorio;
- IV. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;
- V. Resguardo en su propio domicilio, sin vigilancia alguna o con las modalidades que el Juez disponga;
- VI. Sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;
- VII. La colocación de localizadores electrónicos;
- VIII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;
- IX. La prohibición de convivir o comunicarse con determinadas personas o con las víctimas u ofendidos o testigos;
- X. La separación inmediata del domicilio;
- XI. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;
- XII. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;
- XIII. Vigilancia policial;
- XIV. La prisión preventiva, o
- XV. Las previstas en las leyes especiales.

En ningún caso la medida cautelar podrá ser usada como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada.

Solicitud de medidas cautelares

Las solicitudes de medidas cautelares serán resueltas por el juez de control o juicio oral únicamente en audiencia con presencia de las partes.

Principio de proporcionalidad

El juez al imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en este Código deberá observar el principio de proporcionalidad, para lo cual tomará en consideración los elementos que la autoridad competente para medidas cautelares y salidas alternas y el ministerio público le proporcionen, en términos del párrafo segundo del artículo 19 constitucional.

Imposición de las medidas cautelares

A solicitud fundada y motivada del ministerio público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer una de las medidas cautelares previstas en este Código o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso o imponer una diversa a la solicitada siempre que no sea más grave. La prisión preventiva no podrá combinarse con otras medidas cautelares previstas en el artículo 248 de este Código.

Para la adecuada vigilancia en el cumplimiento de las medidas cautelares, el juez podrá imponer las medidas o mecanismos tendientes a garantizar su eficacia, sin que en ningún caso pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado.

En ningún caso el juez está autorizado a aplicar estas medidas desnaturalizando su finalidad ni a imponer otras más graves que las solicitadas o cuyo cumplimiento resulta imposible.

Cuando se le imponga al imputado una medida cautelar distinta a la prisión preventiva, éste estará obligado a presentarse ante el juez o la autoridad designada por éste, cuantas veces sea citado o requerido para ello y a comunicar al mismo y a ésta los cambios de domicilio que tuviere.

De igual forma, se le podrá imponer la obligación de presentarse ante la autoridad competente para medidas cautelares y salidas alternas, el día y con la periodicidad que se le señale.

Duración de las medidas cautelares

Con excepción de la prisión preventiva, la duración de las medidas cautelares impuestas por la autoridad judicial, no podrá ser mayor a seis meses, pudiendo prorrogarse por períodos iguales, si así se solicita y se mantienen las razones que la justificaron, sin que puedan exceder de la duración del proceso de conformidad con las previsiones establecidas en este Código o del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso.

Contenido de la resolución

La resolución que imponga una medida cautelar, al menos deberá contener:

- I. Los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo;
- II. La enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen y su preliminar clasificación jurídica;
- III. La indicación de la medida y las razones por las cuales el juez estima que los presupuestos que la motivan concurren en el caso;
- IV. Los lineamientos para la aplicación de la medida, y
- V. La fecha en que vence el plazo de vigencia de la medida.

Artículo 254. Impugnación de las decisiones judiciales

Todas las decisiones judiciales relativas a las medidas cautelares reguladas por este Código son apelables en los términos previstos en el Título IX del Libro Segundo de este Código. La presentación del recurso no suspende la ejecución de la resolución.

Artículo 255. Revisión de la medida

Cuando hubieren variado de manera objetiva las condiciones que justificaron la imposición de una medida cautelar, las partes podrán solicitar al juez de control o de juicio oral, la revocación, sustitución o modificación de la misma, en este caso, el juez de control podrá citar a todos los intervinientes a una audiencia con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de las condiciones o circunstancias que se tomaron en cuenta para imponer la medida y la necesidad de mantenerla o no y resolver en consecuencia.

Artículo 256. Audiencia de revisión de las medidas cautelares

La audiencia se llevará a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas contadas a partir de la presentación de la solicitud de revisión.

Artículo 257. Datos de pruebas para la revisión de la medida

Las partes pueden ofrecer datos de prueba para que se confirme, modifique o revoque, según el caso, la medida cautelar.

Artículo 258. Auxilio para la imposición de medidas cautelares

La supervisión y la ejecución de medidas cautelares corresponderá a la autoridad competente para medidas cautelares y salidas alternas.

Para decidir sobre la necesidad de la imposición o revisión de las medidas cautelares, el juez solicitará a la autoridad competente para medidas cautelares y salidas alternas, la información necesaria para ello.

Para tal efecto, la autoridad competente para medidas cautelares y salidas alternas, contará con una base de datos para dar seguimiento al cumplimiento de las medidas cautelares, la cual deberá ser consultada por el ministerio público y la autoridad judicial antes de solicitar y conceder alguna de ellas, respectivamente.

El imputado o la defensa podrán obtener la información disponible de parte de la autoridad competente, cuando así lo solicite, previo a la audiencia para debatir la solicitud de medida cautelar.

Tal contenido normativo será materia de análisis en el apartado siguiente, en una suerte de comparación con el código procesal del sistema tradicional.

2.2.3.2. Código de SETEC *versus* sistema tradicional.

De lo anterior, entre el marco normativo en el sistema tradicional, con respecto a la propuesta en el Código Modelo de SETEC, se advierte que en este último emerge un modelo de medidas cautelares, ya con los estándares internacionales y acorde con el sistema acusatorio, con las siguientes características importantes:

(i) Se fija ya como su finalidad **(i.i)** asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, **(i.ii)** garantizar la seguridad de la víctima u ofendido, **(i.iii)** evitar la obstaculización del procedimiento o **(i.iv)** asegurar el pago de la reparación del daño.

(ii) Se opta por un modelo de unidad de medidas cautelares institucional y pública.

(iii) Se establece un catálogo de 14 catorce medidas cautelares, con reserva a otras disposiciones especiales para fijar unas diferentes, entre las cuales la prisión preventiva está en el número 14 (última).

(iv) Control judicial en su imposición.

(v) Principio de proporcionalidad y necesidad.

(vi) Temporalidad y carácter provisional de la medida.

(vii) Su decisión en audiencia, con debate, a solicitud de parte, impugnabile y sustituible.

Estas serían las nuevas tendencias a resaltar del código modelo de SETEC, y en general de los códigos de corte acusatorio con respecto al sistema tradicional.

2.2.3.3. Prisión preventiva, categorías en el sistema mexicano.

Ya en específico sobre la institución jurídico procesal que es la prisión preventiva, el marco jurídico del sistema tradicional en México permite varias formas de detención antes de una sentencia condenatoria, a las cuales es posible denominarlas de diversas formas dependiendo en la etapa procesal en la cual se impongan. Existen por lo menos cinco tipos de detención antes de que una sentencia condenatoria cause ejecutoria –*clasificación que sigue vigente con la reforma constitucional de 2008-* a saber:

(i) Detención y/o arresto administrativo: La policía en función de prevención y vigilancia realiza este tipo de detención por faltas administrativas por los cuales el detenido puede permanecer hasta 36 horas privado de su libertad, de acuerdo a lo que un “calificador” determine. La figura de este tipo de “calificador” no depende del poder judicial de los estados sino del Presidente Municipal. Para las conductas delictivas, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución general,⁸⁶ estaríamos en el primer momento de la detención también ante un delito, de la flagrancia a la puesta a disposición ante la Fiscalía.

(ii) Detención o retención ante el Ministerio Público: El artículo 16 de la Constitución general establece que el ministerio público tiene hasta 48 horas para

⁸⁶ Conforme al artículo 16 de la Constitución, cualquier persona puede detener a un indiciado en el momento que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y esta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

poner a un detenido a disposición de la autoridad judicial o dejarlo en libertad. El término citado comienza a correr desde el momento de la puesta a disposición del detenido ante el Ministerio Público; el tiempo transcurrido desde la detención descrita en el punto anterior no entra en este cálculo regulado por la constitución.

(iii) Arraigo: Esta forma de detención se realiza a petición del ministerio público antes de iniciar la investigación, la cual está regulada por la reforma constitucional en el artículo 16.⁸⁷ La norma establece que el ministerio Público podrá solicitar al juez el arraigo de una persona tratándose de delitos de delincuencia organizada sin exceder cuarenta días; dicho termino podrá prorrogarse, sin exceder de ochenta días, siempre y cuando el ministerio público acredite que subsisten las causas por las cuales el juez lo dictó originalmente.⁸⁸

(iv) Prisión preventiva en estricto sentido: Es la institución jurídico procesal que se utiliza durante el proceso penal después de la judicialización del caso (ejercicio de la acción penal) para asegurar la comparecencia del imputado en el proceso y resguardar a la víctima y sociedad, es decretada por la autoridad judicial como consecuencia del proceso mismo y puede ser modificada, se ordena de oficio por el juez en el mismo auto de radicación al ratificar la detención, esta figura cesa con la conclusión del caso, ya sea por el desistimiento, sobreseimiento, o por sentencia.

(v) Prisión preventiva durante el trámite del recurso contra una sentencia (apelación y Amparo) y hasta que causa estado.

Como ya se definió en apartados anteriores, para efectos del presente trabajo, la prisión preventiva que será materia de estudio será la señalada en los puntos (iv) y (v), esto es, la que es decretada por un juez durante el proceso penal mientras

⁸⁷ Decreto de la reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la federación, 18 de junio de 2008.

⁸⁸ Este tipo de detención, tiene matices de inconventionalidad, ha sido objeto de crítica por organismos internacionales, ya que es una detención para investigar. El legislador federal expresó su intención de utilizar este mecanismo para dar "dientes" en la investigación de delitos complejos; ante de la reforma al artículo 1, se elevó a "rango constitucional" para resolver el problema de su inconstitucionalidad cuando estaba en norma ordinaria.

que no haya causado ejecutoria la sentencia, y que por tanto todavía no se está en presencia de la prisión como pena o sanción.

2.2.3.4. Marco normativo sobre prisión preventiva en Código Modelo de SETEC y en la iniciativa de Código Procesal Penal de Nayarit.

Planteado que fue el tipo de detención que ocupa al presente estudio, ya en específico sobre la prisión preventiva, las disposiciones normativas del Código Modelo (SETEC) son las siguientes:

Código Modelo de SETEC:

La prisión preventiva

Aplicación de la prisión preventiva

Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. La prisión preventiva sólo podrá ser ordenada conforme a los términos y condiciones de este Código y la misma se ejecutará del modo que perjudique lo menos posible a los afectados, se cumplirá en sitio distinto y completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas.

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 dictado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

Excepciones

En el caso de una persona mayor de setenta años de edad, el juez podrá ordenar, en los términos de lo previsto por el Código Penal local, que la prisión preventiva se lleve a cabo en el domicilio de la persona imputada o, de ser el caso, en un centro médico o geriátrico, bajo las medidas de seguridad que procedan.

De igual forma, procederá lo previsto en el párrafo anterior, cuando se trate de mujeres embarazadas, de madres durante la lactancia o de personas afectadas por una enfermedad grave o terminal.

No gozarán de la prerrogativa prevista en los dos párrafos anteriores, quienes a criterio del juez puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su riesgo social.

Causas de procedencia

El ministerio público en los términos que al efecto prescriba este Código, 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 de manera oficiosa la prisión preventiva, en los casos previstos por el artículo 265 de este Código.

Garantía de la comparecencia del imputado (peligro de fuga)

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

- I. Los antecedentes penales;
- II. El vecindario 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;
- III. La importancia del daño que debe ser resarcido, el máximo de la pena que en su caso pueda llegar a imponerse de acuerdo al delito de que se trate y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante éste;
- IV. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal;
- V. La inobservancia de medidas cautelares previamente impuestas, y
- VI. El desacato de citaciones para actos procesales y que, conforme a derecho, le hubieran dirigido las autoridades investigadoras o jurisdiccionales.

Peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación

Para decidir acerca del peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación, el juez tomará en cuenta especialmente, que existan elementos suficientes para estimar como probable que el imputado:

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

Riesgo para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad

Existe riesgo fundado para la víctima u ofendido, testigos o la comunidad, cuando:

- I. Existan datos de prueba de que el imputado puede cometer un delito doloso contra la propia víctima u ofendido, alguno de los testigos que depongan en su contra, servidores públicos que intervengan en el proceso, o contra algún tercero, o
- II. Así se establezca atendiendo a las circunstancias del hecho, la gravedad del mismo o su resultado.

Artículo 265. Prisión preventiva oficiosa

El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos, así como delitos contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y contra la salud, en los términos que establezca este Código.

Para los efectos de este artículo se considerarán:

I. Delitos de homicidio doloso: los previstos en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323 del Código Penal Federal;

II. Delito de violación: los previstos en los artículos 265, 266 y 266 Bis del Código Penal Federal;

III. Delito de secuestro: los previstos en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el de tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter del Código Penal Federal;

IV. Trata de personas, previsto en los artículos 5 y 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas;

V. Delitos cometidos por medios violentos, en los que se emplearen, armas o explosivos:

a) Del Código Penal Federal, los delitos siguientes:

1) Piratería, previsto en el artículo 146;

2) Terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;

3) Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;

4) Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;

5) Ataques a las vías de comunicación, que se cometan bajo las circunstancias previstas en los artículos 168 y 170;

6) Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286;

7) Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, con relación al 315 y 315 Bis;

8) Robo calificado, previsto en el artículo 367 cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII y XVI;

9) Robo calificado, previsto en el artículo 367 en relación con el artículo 381 Bis;

10) Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, previsto en el artículo 368 Quáter, párrafo segundo;

11) Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último;

12) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 Bis, e

13) Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 215-A;

b) De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3 y 5;

VI. Delitos contra la seguridad de la nación: Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126; espionaje, previsto en los artículos 127 y 128; terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter; sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero; los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145, todos del Código Penal Federal;

VII. Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad: Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de

personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 bis; lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis, todos del Código Penal Federal, y

VIII. Delitos contra la salud: los previstos en los artículos 194, 195, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero del Código Penal Federal, así como los previstos en las fracciones I, II y III del artículo 464 Ter, 475 y 476 de la Ley General de Salud.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también ameritarán la prisión preventiva oficiosa.

Artículo 266. Revisión de la prisión preventiva

Salvo lo dispuesto sobre la prisión preventiva oficiosa, el imputado y su defensor o el ministerio público pueden solicitar la revisión de la prisión preventiva en cualquier momento, cuando estimen que no subsisten las circunstancias por las cuales se decretó, para lo cual deberán señalar las nuevas razones y los antecedentes de la investigación o pruebas en que se sustente la petición.

Si en principio el juez estima necesaria la realización de la audiencia, ésta se celebrará dentro de las cuarenta y ocho horas contadas a partir de la presentación de la solicitud de revisión y, según el caso, ordenará en la propia audiencia la continuación, revocación, modificación o sustitución por otra medida. En caso de considerar la petición notoriamente improcedente la desechará de plano.

La revocación de la prisión preventiva oficiosa procederá sólo en el caso de que el auto de vinculación a proceso se haya dictado o la acusación se haya formulado, por un hecho que implique una clasificación jurídica distinta y, en razón de ello, no resulte aplicable la imposición oficiosa de dicha medida cautelar. En este supuesto, el ministerio público, de manera inmediata podrá solicitar al juez la aplicación de otras medidas cautelares que resulten aplicables, incluso la propia prisión preventiva, mismas que se resolverán en audiencia en los términos señalados en este Código.

Artículo 267. Cesación de la prisión preventiva

La prisión preventiva finalizará cuando:

I. Nuevos datos de prueba demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida, o

II. Transcurra el tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso, el cual en ningún caso podrá ser superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado.

Cuando las condiciones personales del imputado se agraven de tal modo que su internamiento implique condiciones precarias para su salud, se estará a lo previsto por el artículo 260 de este Código.

De lo anterior se advierte que en consonancia con los principios y reglas generales del artículo 19 Constitucional, se estableció la naturaleza de medida cautelar excepcional de la prisión preventiva, la necesidad de solicitud y justificación como última ratio, pero también el enorme catálogo de delitos inexcusables. Ahora bien, en la parte final de elaboración del presente trabajo, fue presentada por el

Ejecutivo Estatal, la iniciativa de código procesal penal de corte acusatorio,⁸⁹ y en lo que interesa, el artículo 262 de la iniciativa de Código Procesal Penal que se analiza, estableció:

INICIATIVA DE CPPEN (12-octubre-12)

"Artículo 262.- Causas de procedencia de la prisión preventiva.

El ministerio público en los términos que al efecto prescriba este código, sólo podrá solicitar 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.

Se ordenará de manera oficiosa la prisión preventiva, en los casos previstos por el artículo 267 (sic) de este código."

"Artículo 266.- Prisión preventiva oficiosa

De conformidad con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución General de la República, se impondrá oficiosamente la medida cautelar de prisión preventiva, cuando la imputación se haga respecto de los siguientes delitos previstos en el Código Penal del Estado de Nayarit:

- I. Delitos de Homicidio Doloso: previsto por los artículos 317 en Relación con el 321, 322, 323, 330, 331 y 332;
- II. Delito de Violación; previsto en el artículo 260;
- III. Secuestro; los previstos en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- IV. Delitos cometidos por medios violentos, en los que se emplearen, armas o explosivos, del Código Penal del Estado, los delitos siguientes:
 - a) Delitos contra el orden constitucional del estado y su integridad territorial previsto en el artículo 127
 - b) Rebelión, previsto en el artículo 130 y 131;
 - c) Sedición previsto en el artículo 140;
 - d) Terrorismo previsto en el artículo 145;
 - e) Evasión de presos, previsto en los artículos 146 y 148;
 - f) Atentado contra la seguridad de las comunidades previsto en las fracciones III y IV del artículo 160 bis;
 - g) Ataques a las vías generales de comunicación previsto en el artículo 166 en relación con los artículos 170 y 171;
 - h) Robo calificado previsto en el artículo 343 en relación al 348, fracciones I, IV, V, VI, VII, VIII y IX;
 - i) Abigeato previsto en el artículo 357 en relación con las fracciones II y III del artículo 358; y
 - j) Tortura previsto en el artículo 214;
- V. Por los siguientes delitos en contra del libre desarrollo de la personalidad previstos en el Código Penal en el Estado.

⁸⁹ Presentada por el Gobernador Constitucional Roberto Sandoval Castañeda el 12 de octubre de 2012 al Congreso del Estado de Nayarit. Ello consultable en la página oficial del Congreso del Estado de Nayarit. Consulta en línea: <http://www.congresonay.gob.mx> (octubre de 2012).

- a) Corrupción y prostitución de menores o incapaces, femicidio previsto en el artículo 200 fracciones III y IV y penúltimo párrafo; artículo 201, artículos 202 y 202 bis;
 - b) Lenocinio previsto en el artículo 203 y 206;
 - c) Sustracción y tráfico de infantes, previsto en el artículo 265;
 - d) Atentados al pudor previsto en el artículo 256 sancionable como violación en los términos del artículo 260;
- VI. Trata de Personas: los previstos en los artículos en La Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a la Víctimas de estos Delitos, Reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos."

En el apartado siguiente se harán los análisis correspondientes, de las porciones normativas anteriormente transcritas.

2.2.3.5. Análisis de la propuesta del Código Modelo y del código procesal local en cuanto a prisión preventiva.

De lo anterior, en cuanto al marco normativo en el sistema tradicional, respecto a la propuesta en el Código Modelo de SETEC, y a las particularidades de la iniciativa local, se advierten aspectos trascendentes tales:

- (i)** Se fijó el carácter excepcional, de menor lesión, temporal (cuando mucho dos años) de la prisión preventiva.
- (ii)** Se establecieron los criterios objetivos para la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar, verificando la **(ii.i)** garantía de la comparecencia del imputado (peligro de fuga) tomando en cuenta los antecedentes penales; el arraigo comunitario, probable penalidad, monto del daño a reparar, comportamiento precedente en el mismo u otro proceso, y a citaciones; el **(ii.ii)** peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación, en cuanto a la prueba material o testigos; así como el **(ii.iii)** riesgo para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad.

(iii) Se establece un amplio catálogo de delitos inexcusable, con prisión preventiva oficiosa y obligatoria, ampliado del catálogo del artículo 19 Constitucional.⁹⁰

Finalmente, ubicándonos en el sistema tradicional, podemos reflexionar, que en la escasa o quizá nula disposición normativa de las medidas cautelares —*en cuanto a sujetar al imputado al proceso*— es por lo que es un tema poco desarrollado en nuestro país, hay escasos estudios teóricos, y raquítica también es la jurisprudencia al respecto, que se limita al estudio de las medidas cautelares pero en diversas ramas del derecho, no en la materia penal. Por ello, resulta importante estudiar sus reglas, requisitos y finalidades de acuerdo al nuevo sistema, y sobre todo, analizar la trascendencia del catálogo de delitos inexcusable.⁹¹

⁹⁰ Este tema ha sido y será tratado de manera particular en el desarrollo de todo el trabajo, pero sí se destaca que el catálogo de delitos inexcusable que propone el Código Modelo de (SETEC) es tan amplio, que las reglas y principios que rigen las medidas cautelares, más bien se convierten en las excepciones a la regla general que sería la oficiosa e imposición obligatoria.

⁹¹ En la exposición de la presentación de la iniciativa de nuevo código procesal penal de corte acusatorio a nivel federal, se establece como la regla general de la prisión preventiva: *“Esta medida cautelar está planteada como la última ratio en el nuevo proceso penal, en el que se privilegia la libertad con base en el principio de presunción de inocencia, pues las consecuencias de la prisión preventiva son más gravosas para el imputado debido a que se le priva de la libertad para que la autoridad se asegure de la presencia del imputado en el desarrollo del proceso. La prisión preventiva no podrá combinarse con otras medidas cautelares. Tomando en consideración las nuevas disposiciones constitucionales, la prisión preventiva no debe superar los dos años, salvo que se prolongue por el ejercicio del derecho de defensa del imputado.”* Y respecto a la excepción “catálogo de delitos inexcusable” se justifica en los siguientes términos: *“A partir de las disposiciones constitucionales relativas a la procedencia de la prisión preventiva oficiosa se diseñan los supuestos de aplicabilidad de dicha medida, por lo que se establece la procedencia de la prisión preventiva oficiosa en los delitos de homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos, así como delitos contra la seguridad de la nación, contra el libre desarrollo de la personalidad y contra la salud.”* Por lo que se advierte su ausencia de motivación, quizá, por no encontrar argumentos para defender lo que pudiera ser tan indefendible a la luz de la presunción de inocencia.

Consulta en línea: <http://portal.setec.gob.mx/gaceta2011Sep22.html> (octubre de 2011)

2.3. Política criminal. El discurso del combate a la inseguridad.

2.3.1. Aspectos generales de política criminal.

Cierto es, que el tratamiento a la prisión preventiva en un sistema penal dado, no es producto solamente del avance o del momento que vive como institución jurídico procesal, a la luz de los derechos humanos; confluye en ello todo el andamiaje que sustenta el trabajo político de los diversos actores, poder ejecutivo, congresistas, líderes sociales y de opinión, medios de comunicación, y desde luego la realidad misma, en particular los índices de criminalidad y de inseguridad. Esta parte del empate de dichos factores al derecho -y al derecho penal propiamente- es tarea de la política criminal.

Pero, *¿qué es política criminal?* sería la pregunta básica, para después tratar de dilucidar *¿se hace política criminal en México, en Nayarit?* o quizá, simplemente se atiendan las necesidades inmediatas y presentes de la clase política, atajando cuestiones mediáticas, lo del día, tales interrogantes se tratarán de abordar en el presente apartado.

2.3.2. ¿Qué es y para qué sirve la política criminal?

Para Franz von Liszt *“el derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal”*, frase con la que pone de relieve una tensión entre ambas;⁹² Roxin lo cita para argumentar sobre la función de la política criminal, el oponer a los métodos jurídicos en sentido estricto de ordenación y elaboración sistemático-conceptual de los presupuestos del delito, los principios del tratamiento adecuado de la conducta

⁹² ROXIN, Claus, *“Política criminal y sistema del derecho penal”*, 2ª. edición, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 31.

desviada que descansan en fundamentos empíricos.⁹³ Ello —dice Roxin— materializa tendencias contradictorias, en la política criminal incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del derecho penal; mientras que al derecho penal, en el sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del derecho y la libertad individual frente al ataque del “Leviatán” del Estado.⁹⁴

Para Julio E. S. Virgolini la razón siempre ha estado ausente en la política criminal,⁹⁵ señala que su carga consiste en aportar precisamente a la “política a secas” los contenidos y las herramientas que emanan del derecho penal y la criminología; pero que al final de cuentas dicha unidad es sumamente precaria y resulta una contradicción;⁹⁶ para Alejandro Baratta no es más que la designación del sector de la política pública que se refiere a la definición de los delitos y de las situaciones problemáticas, a los procesos de criminalización, y a las consecuencias individuales y sociales que ambos producen,⁹⁷ pero también en su crítica al derecho penal plantea la dificultad de empatar los discursos, metas y lógicas de ciencias o artes que confluyen, tales como política-derecho penal, sociología-derecho penal, etc.

Para darle perspectiva histórica al tema, es necesario verificar las etapas en el tratamiento a la criminalidad, a partir del siglo XX⁹⁸ y siendo más específico, por lo convulsionado que fue en lo social y en lo político su primera mitad, es hasta después de la Segunda Guerra Mundial a donde debe remontarse nuestro estudio,

⁹³ Obra citada, p. 32.

⁹⁴ Obra citada, p. 32.

⁹⁵ Tal como titula su libro sobre criminología, véase: VIRGOLINI, Julio E. S., *“La razón ausente”*, Editores del Puerto s.r.l., Argentina, 2005.

⁹⁶ Obra citada, p. 248.

⁹⁷ BARATTA, Alejandro, *“Criminología crítica y crítica del derecho penal”*, Ed. Siglo Veintiuno editores, 1ª. reimpresión, Argentina, 2002, p.9.

⁹⁸ Porque más para atrás en la Edad Media, como lo señala Michel Foucault, antes del siglo XIX el de “las libertades” todo era encerrar para corregir, castigar los cuerpos y no las almas, véase FOUCAULT, Michel, *“Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión”*, 1ª. Ed., Siglo XXI Editores Argentina, 2002, p. 16.

primero con las tesis asistencialistas “keynesianas” y posteriormente su caída, pues en tal discurso en las etapas confluyen, por ejemplo: Danilo Zolo,⁹⁹ Juan Ramón Capella,¹⁰⁰ Virgolini,¹⁰¹ y Ferrajoli.¹⁰² También Massimo Pavarini coincide, al afirmar “*que el pensamiento criminológico y penológico del siglo XX es predominantemente estadounidense*”,¹⁰³ al ofrecer un modelo cultural tanto de la desviación, como de la reacción social e institucional a ella.

2.3.3. Tesis keynesianas, estado de bienestar.

Los Estados Unidos hicieron frente a su gran crisis de 1929, mediante las políticas económicas keynesianas, cuya lógica es muy sencilla, un “exceso de oferta”, había mercancías sin vender por la falta de dinero. Según Keynes,¹⁰⁴ dentro del ámbito del capitalismo mercantil era necesario suscitar demanda de bienes para salir de la crisis, las gentes debían construir cualquier cosa –pirámides decía- y ser pagados por ello, con lo que podrían comprar mercancías; bajo esa lógica se construyeron grandes proyectos de obra pública, de asistencia social, que abarcó un extenso aparato educativo, sanitario, penal, entre otros. El Estado al endeudarse, estimula la actividad productiva y al poco tiempo crea las condiciones necesarias para hacer frente a los pagos pendientes.

⁹⁹ Véase su ensayo “*Una crítica realista del globalismo jurídico, desde Kant a Kelsen y Habermas*”, con traducción de Pedro Mercado Pacheco, publicado en “*Anales de la Cátedra Francisco Suárez*”, número, 36, 2002, pp. 197-218. (Archivo PDF impreso vía electrónica. Junio-2011)

¹⁰⁰ CAPELLA, Juan Ramón, “*Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*”, Ed. Trotta, 5ª. edición, Madrid, 2008, pp. 220-223. En cuanto a las etapas de maduración del proyecto jurídico-político moderno,

¹⁰¹ Véase obra citada, pp. 252-254 cuando se refiere al establecimiento de un derecho penal anormal que no garantiza la “inclusión de los excluidos”, víctimas de la modernidad y de la formulación del pacto social.

¹⁰² Véase la obra citada “*Democracia y razón*” en cuanto al fracaso que ve en las relaciones entre los Estados, que a pesar de los esfuerzos de la ONU y sus instrumentos, prevalece el uso de la fuerza, y la no aceptación de los países poderosos de las normas de derecho, supeditándose a las políticas económicas, último capítulo.

¹⁰³ PAVARINI, Massimo, “*De los delitos y de las penas en la sociedad de la exclusión. Una reflexión filosófico política sobre el discurso criminológico*”, al prologar a Virgolini, obra citada, p. IV.

¹⁰⁴ Véase KEYNES, J. M., “*Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*”, trad. de E. Hornedo, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1943, obra citada “*Fruta Prohibida*”, p. 220.

Para los juristas citados en el apartado anterior, las políticas económicas están ligadas de manera directa con las políticas criminales, Capella desglosa el fenómeno de forma amplia, señala que en el siglo XX se consolida el consumismo, el capitalismo,¹⁰⁵; los efectos negativos del consumismo se producen por el gasto público excesivo, a resultas del estado intervencionista emanado del impulso y consolidación “institucional”;¹⁰⁶ logrando –sí- un afianzamiento de las libertades y derechos, con la segunda generación de derechos sociales, como impulso del garantismo de posguerra y el trabajo de la ONU, pero dichas tesis keynesianas abrieron paso al estado gendarme asistencial e intervencionista.¹⁰⁷

Señala Juan Ramón Capella, que el pacto keynesiano era no sólo económico, sino un gran compromiso entre las clases sociales, que primero operó bien, cuando el Estado redistribuyó al trabajador, en salario y prestaciones, en impuestos no gravosos para ellos como el ISR, pero después ya no, se utilizó para los mismos capitales, en construir infraestructura, en financiamiento en refinanciamiento, dando paso a lo que P. P. Pasolini llamó revolución antropológica, esto es, la sustitución de la cultura del ahorro, por la del endeudamiento, aburguesamiento de los trabajadores.¹⁰⁸

Asevera Capella,¹⁰⁹ que todo el derecho contemporáneo, puede ser analizado en términos de política, y en particular de política económica, para poner de manifiesto la distribución de cargas que realiza entre los distintos grupos y sujetos sociales; critica a la definición de derechos sociales como “fundamentales” porque el estado los contrapone a los individuales (como el dilema seguridad ciudadana

¹⁰⁵ Puntualiza Capella en la obra citada que “En los años setenta el número de las sociedad multinacionales no superaban los pocos centenares, En 1997 son más de cuarenta mil. El volumen de negocios de las principales 200 empresas del planeta supera la cuarta parte de la actividad economía mundial, mientras que sólo emplean a 18.8 millones de asalariados, o sea, amenos del 0.75% de la mano de obra asalariada total (Fuente I. Ramonet, *Régimes globalitaires: Le Monde Diplomatique*, enero de 1997)”, p. 206.

¹⁰⁶ Véase México a partir de la vida institucional resultante del partido-estado que gobernó como partido único, paternalista, proveedor.

¹⁰⁷ CAPELLA, Juan Ramón, obra citada, pp. 202-222.

¹⁰⁸ Obra citada, pp. 222-226.

¹⁰⁹ Coincidiendo en ello la corriente de la criminología crítica –en cuanto a lo penal- además de Ferrajoli, Danilo Zolo, véase notas al pie 104, 106, 107.

vs. derechos humanos), lo que hizo surgir un derecho penal excepcional, coyuntural, de "peligrosidad social".¹¹⁰

En la lógica de la economía de mercado, las decisiones políticas sólo son aceptables en tanto influyen favorablemente en sus técnicas de captación y de dominio, favoreciendo políticas por ejemplo de opinión y no de participación, regidas por criterios tales como los de las encuestas y de las audiencias televisivas, según lo ha expuesto Virgolini,¹¹¹ citando a su vez a Ferrajoli,¹¹² o como concluyentemente lo dijo Hobbes al sentenciar: que *"el valor o estimación del hombre, es, como el de todas las demás cosas, su precio; es decir, tanto como se le ha dado por el uso de su poder. Por consiguiente no es absoluto, sino una consecuencia de la necesidad y del juicio de otro..."*.¹¹³

2.3.4. Ocaso del estado asistencial, "ventanas rotas".

Después de que se abordaron las repercusiones de las tesis keynesianas del estado de bienestar, cuyo paradigma en materia penal era el ideal resocializador, la no exclusión; fueron también factores político-económicos (la desigualdad principalmente) los que propiciaron su caída, de acuerdo a I. Taylor, P. Walton, y J. Young, son los orígenes mediatos del acto desviado.¹¹⁴ El delito no fue erradicado, incluso aumentaba, no se evitó la reincidencia, permeando una sensación de desencanto en parte de la población; tras las reivindicaciones carcelarias y las de los movimientos sociales de izquierda, muchos criminólogos

¹¹⁰ Obra citada, pp. 243-264.

¹¹¹ Obra citada, p. 230.

¹¹² FERRAJOLI, Luigi, *"El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad"*, en ANDRÉS Ibañez, Perfecto, (ed.), *"Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción"*, Ed. Trotta, Madrid, 1996.

¹¹³ HOBBS, Thomas, *"Leviathan, o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil"*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 70-71.

¹¹⁴ TAYLOR, Ian, WALTON, Paul, y YOUNG, Jock, *"La nueva criminología, contribución a una teoría social de la conducta desviada"*, trad. Adolfo Crosa, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1997, p. 286.

pasaron en los años setentas a asumir la caída de la época del tratamiento por su reemplazo por una línea penal de mano dura.

Ello encontró un caldo de cultivo idóneo en el pensamiento conservador de los Estados Unidos, que se lanzarían a una campaña de represión, que adoptaría primero el título de "guerra contra las drogas", después "guerra contra el terrorismo", en donde se enmarca también la política de "tolerancia cero" o de "ventanas rotas". Prueba de dicho cambio de timón, se encuentra en la política penitenciaria, en Estados Unidos durante todo el siglo XX y hasta la mitad de la década de los años setenta las tasas de encarcelamiento fueron notablemente contenidas, incluso con respecto a Europa,¹¹⁵ en 1975 la población reclusa era de trescientos ochenta mil personas, pero en 1998 ya había llegado a los dos millones de personas, mientras que el índice delictivo quedó estable. Estos cambios corrieron en paralelo con las políticas neoliberales en los aspectos socioeconómicos, tendientes a dismantelar al estado, y acrecentar los capitales privados. Fue famosa la llamada escuela de Chicago para darle sustento en lo social-político a dicho cambio de estrategia.¹¹⁶

2.3.4.1. Ya no se incluye, se excluye.

Con el ejemplo estadounidense, Pavarini simplifica a las políticas criminales en incluir o excluir, lo que depende de las políticas económico-sociales que prevalezcan, desde la presidencia de Reagan, señala, la decisión fue reducir los espacios de la democracia y del gobierno público de la economía a favor de la primacía del mercado, lo que ha llevado a adoptar políticas públicas de control social tendientes a gobernar a masas crecientes de excluidos, que se han visto reflejadas en los aproximadamente dos millones cuatrocientos mil presencias

¹¹⁵ PAVARINI, Massimo, obra citada, p. V.

¹¹⁶ Obra citada, p. 126-131.

diarias en la cárcel, y los 8,000,000 de personas penalmente limitadas en su libertad que hasta 2005 mantienen.¹¹⁷

James Q. Wilson, se convirtió en el criminólogo de cabecera para la derecha estadounidense con su best-seller *"Thinking about Crime"*, junto con Ernest van den Haag y Norval Morris, encabezaron un movimiento de criminólogos que aseveraban que (i) el delito no está determinado por causas sociales, recomendaron (ii) abandonar los programas históricos de rehabilitación de los delincuentes, siendo partidarios (iii) de la prevención; como argumento total a sus teorías, tenían que las políticas de los sesentas de amplios programas sociales, de bonanza económica alentada por la posguerra, produjo un aumento de los índices delictivos; el objetivo de la política social debe ser construir disuasivos para el delito, como la actividad policial.¹¹⁸

Además, se haría famoso con la teoría de las ventanas rotas, o de cero tolerancia,¹¹⁹ base para las técnicas y protocolos policiacos basados en los estereotipos, en la prevención excesiva y en el "sospechosismo"; lo que de acuerdo a Virgolini *"ha sido el tránsito desde una policía comunitaria, hacia una policía de control de la seguridad... que entre otras cosas consagra las facultades policiales de detención y de pesquisa con presupuestos inversos a los generalmente admitidos por los textos constitucionales, que reclaman cierto grado de sospecha para autorizar la injerencia estatal en la privacidad, los papeles, el domicilio, el automotor e incluso la vestimenta y los objetos personales"*.¹²⁰

Dichas operaciones al amparo de la "cero tolerancia", en opinión de Eduardo Balestena *"es tan funcional al sistema como la necesidad de estigmatizar y*

¹¹⁷ Obra citada, p. X.

¹¹⁸ YOUNG, Jock, *"El fracaso de la criminología. La necesidad de un realismo radical"*, dentro del libro *"Criminología crítica y control social"*, Ed. Juris, Argentina, 1993, p. 15.

¹¹⁹ Que posteriormente hiciera popular el Alcalde de Nueva York Rudolph Giuliani, más aún cuando se trató de implementar bajo su asesoría directa en la Ciudad de México. Véase el ensayo de DAVIS, Diane, *"El factor Giuliani: delincuencia, la "cero tolerancia" en el trabajo policiaco, y la transformación de la esfera pública en el centro de la ciudad de México"*. Archivo PDF impreso por vía electrónica: http://codex.colmex.mx:8991/exlibris/aleph/a18_1/apache_media/ (octubre/11).

¹²⁰ YOUNG, Jock, obra citada, p. 258.

*castigar a una franja de población para no castigar a otras que, aunque efectivamente lleven a cabo comportamientos disvaliosos, no pueden ser etiquetadas porque detentan cuotas de poder dentro de la sociedad. Un ejemplo de ello, es que no son objeto de tolerancia cero los delitos económicos (cuello blanco) ni contra el medio ambiente”.*¹²¹

Finalmente, como reflexión pudiéramos plantear, que la política de prevención o disuasión del delito pugna por el aumento de las penas y las medidas represivas en contra de delitos, sin hacer distinción de la gravedad del daño producido, y se dirige –por sus estrategias operativas- contra la clase más pobre, contra las minorías; es aquí donde encontramos la respuesta quizá, desde la política criminal, al alto porcentaje de procesados por delitos “menores” que se encuentran en prisión preventiva en México.

2.3.5. Política criminal en específico, local y federal.

En lo federal, por la vecindad con la mayor potencia económica y política del mundo, los efectos del Tratado de Libre Comercio, la migración, el fenómeno del narcotráfico de aquí para allá, el lavado de dinero y flujo de armas de allá para acá, todo lo enunciado con un peso específico en lo económico, ha sido complicado para México plantear una política criminal con agenda propia; la pauta la determina los Estados Unidos de Norteamérica, por medios de sus múltiples oficinas o agencias; la prueba más clara de ello es la actual lucha contra la criminalidad, que se convirtió en la política de estado más importante -tanto a nivel federal como a nivel estatal- unos años después que lo marcó en su agenda el vecino país del norte.

En lo local, los temas coyunturales son los que dominan, revisando los decretos legislativos de los últimos años en Nayarit, encontramos mayormente reformas atinentes a tipificar ciertas conductas que “afectan” o están presentes en lo

¹²¹ BALESTENA, Eduardo, “La fábrica penal. Visión interdisciplinaria del sistema punitivo”, Ed. B de F Ltda., Buenos Aires, 2006, p. 9.

mediático, tales como el “halconeo”, la tenencia de uniformes o insignias policiacas, el hacer comentarios “alarmantes” en las redes sociales, la tenencia de vehículos que tienen reportes de robo, o partes de los mismos.

En específico, los tipos penales nuevos de “contingencia” en el Código Penal para el Estado de Nayarit, son los siguientes: **(i)** Art. 160 bis.- Cuatro hipótesis de atentados contra la seguridad de la comunidad (3-dic-11). **(ii)** Art. 186 bis.- Dos hipótesis sobre acechar o dar información de los operativos policiacos, o “halconeo” (3-dic-11). **(iii)** Art. 207 (párrafo segundo) “terrorismo” cibernético (24-dic-08). **(iv)** Art. 242 fracc. XI. Elaboración ilícita de engomados para vehículos (7-mayo-12). **(v)** Art. 273 bis.- Hipótesis amplísimas para sancionar violencia familiar (25-nov-09). **(vi)** 348 fracc. VIII. Diversos supuestos de robo de vehículo por equiparación (7-mayo-12) **(vii)** Art. 369 fracc. XVI. Fraude específico vs. “coyotes” como delito grave (24-mayo-06) **(viii)** Art. 378 bis. Grafiti tipificado como daño equiparado (24-mayo-06) **(ix)** Art. 384 B. Tortura o crueldad en animales¹²² (4-jun-11). **(x)** Art. 393 (párrafo tercero) Tipo abstracto y en blanco que remite a incumplimiento de obligaciones en ley de desarrollo urbano (9-julio-11) **(xi)** Art. 396.- Certificación, registro e inscripción ilegal de inmuebles (9-julio-11).

Ello a la par de la inclusión y la aprobación de reformas y leyes marcadas por la agenda de las nuevas tendencias del derecho, como derechos humanos, protección a víctimas, justicia alternativa, justicia constitucional, protección a menores, reformas con perspectivas de género, entre otras. Tales reformas, unas y otras, nos indican la necesidad de implementar una política criminal consistente en lo local; porque, pareciera un despropósito, del que ya hablaba por “definición” Roxin, von Liszt, Baratta,¹²³ se provocan señales encontradas en la opinión pública y en los operadores del sistema, no se sabe si queremos ensanchar el derecho penal, o por el contrario la tendencia es hacia la *ultima ratio*, no se sabe,

¹²² Incluso dicha reforma se dio con la circulación en internet de un video donde unos jóvenes estudiantes de Tepic, Nayarit, realizaron actos de crueldad a un perro al que llamaron las redes “callejerito” y que provocó una condena social y mediática enorme. Véase en línea: <http://www.youtube.com/watch?v=p6Xq9kiExal>

¹²³ Véase notas al pie 59, 60 y 64.

cuál es la política que en lo criminal tiene Nayarit para enfrentar la problemática que generan las conductas desviadas.

2.4. Publicidad, percepción y cifras delictivas.

2.4.1. El papel social del juez y del político.

Un aspecto importante a seguir, es lo relativo al rol o papel social que tiene por una parte el Juez, y por otra el político (legislador o poder ejecutivo); dicha problemática ha sido abordada por el jurista Rüdiger Lautmann quien señala, que los papeles sociales, son las expectativas que despierta quien posee una profesión social con respecto a su comportamiento, y que el del juez (y del político) no parte de una sociedad amorfa o de gente anónima, los portadores de las expectativas son personas y grupos que tienen una opinión de cómo debe comportarse un juez (y un gobernante), y emiten dicha opinión.¹²⁴

Para el juez los más importantes emisores de ello son la justicia y el poder legislativo, para el político el pueblo y sus partidos políticos; de ahí se concibe el papel social, de sus propias percepciones, que provienen, de los dos respectivos principales emisores, a lo que sumamos a la prensa y –ahora- también los blogueros, a todo ello se le ubica dentro de un grupo de referencia.

En la fuente de dichas percepciones, es por lo que se entiende que los legisladores y gobernantes se muevan en un sentido respecto a cuestiones de política criminal, por la necesidad de dar respuestas directas a la opinión pública y

¹²⁴ LAUTMANN, Rüdiger. *"Sociología y jurisprudencia"*, Primera Edición 1991, Tercera reimpresión 2004, Título original: *Soziologie vor den roren der jurisprudenz*. Traducción: *Ernesto Garzón Valdés*. ISBN: 968-476-148-1. Editorial: "Distribuciones Fontamara, S.A. "Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política", México, p. 68.

a sus partidos políticos, mientras que los jueces tienen el compromiso primario con las normas y derechos fundamentales.

Cuál sería la fórmula que equilibre y empate los roles sociales de ambos actores que intervienen y deciden aspectos trascendentes en política criminal; aquí es donde en lo teórico surgen las respuestas de las normas (derechos individuales) y directrices (derechos o fines sociales) de Dworkin, ante la colisión prevalecen los derechos individuales; y en lo pragmático, también Lautmann aborda, desde el lado de los jueces, el peligro de "aislarse" en lo normativo para evitar los conflictos, lo que puede provocar diferentes defectos en la conducta de este papel social, tales como, reducida autocrítica, lenta adecuación al cambio social, poca atención a las peculiaridades del caso a resolver, y una cierta esterilidad en la motivación.¹²⁵

En lo relativo a la relación de los temas de política criminal con la prensa y blogueros, como entes generadores de opinión pública, y puente de comunicación entre la sociedad, es importante atender al principio de publicidad como instrumento de control de la justicia; Lautmann también aborda el tema de la preparación de los periodistas en los aspectos jurídicos, y de la reacción de los jueces frente a los medios;¹²⁶ lo que me parece digno de destacar, toda vez que considero, el gran reto de la justicia en el siglo XXI es precisamente la transparencia y la publicidad en aras de elevar el estatus del juzgador, a la par de la confianza de la sociedad en los sistemas de justicia, lo que a su vez empataría las prioridades de respuesta del "político" con las del juzgador.

2.4.2. Inseguridad objetiva, percepción de inseguridad.

¹²⁵ Obra citada, p. 78.

¹²⁶ Obra citada, p. 84.

Se ha detectado, en los países y en las entidades federativas donde se ha implementado el sistema acusatorio en años recientes,¹²⁷ que la opinión pública, adquirida principalmente por los medios de comunicación, ha jugado para que los sistemas adopten acciones contrarreformistas en cuanto al tema de la prisión preventiva, y en general en la agenda garantista. Ya lo decía Ortega y Gasset que la “presión social” es también una forma de “poder público” siempre presente en toda sociedad, incluso manifestado dicho poder como *violencia colectiva disparada por opiniones*.¹²⁸

Se habla ya de “inseguridad subjetiva” o percepción de inseguridad, y no siempre corresponde a la inseguridad objetiva, el concepto de “puerta giratoria” está muy socializado en América Latina.¹²⁹ Los medios si bien en el discurso señalan estar de acuerdo con la reforma penal,¹³⁰ en el día a día se advierte que a muchas voces públicas les incomoda (o califican como negativo) que una persona pueda obtener su libertad durante el proceso, lo utilizan como símil o reflejo de impunidad que estén en la calle, en gran medida siguen reportando y utilizando lenguaje que afecta a la dignidad humana y atenta contra la presunción de inocencia.

2.4.2.1. Algunas cifras delictivas.

Parte de las premisas planteadas en el presente trabajo, es la dificultad de poner sobre la mesa en la sociedad temas sobre el “garantismo penal” ante la situación

¹²⁷ Dicho tema será tratado en el capítulo relativo al análisis de las experiencias de implementación en América Latina y en otras entidades federativas, únicamente se cita para los efectos del tema.

¹²⁸ ORTEGA Y GASSET, José, *“La rebelión de las masas”*, Ed. Planeta-Agostini, México, 1993, p. 14.

¹²⁹ Así se le llama al hecho que una persona detenida en flagrancia, quede a disposición de un juez, y que éste le imponga una medida cautelar diversa a la prisión preventiva, y salga por la puerta principal de la sala de audiencias. Tal aseveración es un dato empírico obtenido en la ciudad de Santiago de Chile, platicando con ciudadanos ajenos al sistema penal, y constatado documentalmente, en los estudios de CEJA, véanse, los ya citados sobre “prisión preventiva”.

¹³⁰ Véase apoyo y promoción, por ejemplo, a la película “Presunto Culpable” que pugna por la necesidad de publicitar los juicios, de superar el expediente escrito y la formalidad, y velar por la presunción de inocencia.

de focos rojos en materia de inseguridad. Conforme al índice delictivo CIDAC¹³¹ México se enfrenta a la crisis de violencia más grave de las últimas décadas, los homicidios relacionados con el crimen organizado aumentaron en más del 400%; de cada cien delitos que se cometen en el país, solo uno recibe castigo;¹³² el 44% de la población dejó de salir de noche, el 25% dejó de tomar taxi, el 21% dejó de ir a comer o a cenar.¹³³

2.4.2.2. Nayarit.

En cuanto a Nayarit, tenemos que si bien en incidencia delictiva en general, nos situamos en el lugar 8, en el límite de una afectación moderada, ello se debe a que delitos como Robo a Peatón con violencia se ubica en el lugar 2, sin violencia en el 4, el secuestro en el 3, siguiendo con el robo de vehículo sin violencia en el 11, con violencia en el 15, lesión dolosa con arma blanca en el 13, todos estos por debajo de la media nacional; sin embargo, en el principal delito que genera la “percepción de inseguridad” como es el homicidio relacionado al crimen organizado Nayarit se encuentra en el lugar 28, sólo detrás de Tamaulipas, Durango, Sinaloa y Chihuahua.¹³⁴

Ello es de gran importancia en la “percepción de inseguridad” porque de acuerdo al índice de ponderación planteado por CIDAC, para dar peso específico a cada delito en cuanto a dicho fenómeno,¹³⁵ tenemos que de un 100% el homicidio por delincuencia organizada representa un 16%, lo que nos arroja luz en cuanto a que, si bien en Nayarit el fenómeno delictivo por delitos de “bajo impacto” como el robo

¹³¹ CENTRO DE INVESTIGACIÓN PARA EL DESARROLLO, A.C. (CIDAC), “8 delitos primero, índice delictivo CIDAC”, México, 2012.

¹³² Obra citada, p. 13

¹³³ Según datos de la Encuesta Nacional sobre Inseguridad-7, INEGI; citados por la obra citada, p. 14.

¹³⁴ Obra citada, p. 26.

¹³⁵ Modelo econométrico para determinar la ponderación de delitos y de resultados, para determinar en qué medida impactan en la percepción de inseguridad de los ciudadanos.

no es alto, la “percepción de inseguridad” se eleva por el fenómeno de los delitos de “alto impacto” citados.

Finalizaríamos el apartado, reflexionando las cifras y datos abordados, sobre la necesidad de reconocer la diferencia entre delitos menores respecto de los verdaderamente graves, como una tarea de los sistemas de justicia, tal como lo concluye el estudio sobre índice delictivo de CIDAC;¹³⁶ en mi opinión, es otro referente, para hacer un verdadero distingo también en los procesos penales, no meter en una canasta a todos los procesados, es necesario dejar en prisión preventiva solamente a los que por “presunción de inocencia” o por “política criminal en serio” corresponda; entonces la pregunta de trabajo sería, *¿el sistema de catálogos de delitos inexcusables nos permite una solución adecuada?*

¹³⁶ Obra citada, p. 15.

CAPÍTULO 3. DATOS Y CIFRAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA PENAL.

3.1. Experiencias de implementación en América Latina.

3.1.1. Justificación del ejercicio analítico comparativo. El diagnóstico.

Ya planteados aspectos introductorios en general, los principios fundamentales, el estado de la cuestión en lo local, nuestras cifras; se hace necesario medirlas o compararlas con los datos y cifras en otras latitudes, sobre todo, donde ya tienen implementada la reforma penal, o cuando menos donde se está implementando.

Es menester saber dónde estamos parados, si nos movemos o proponemos quedarnos allí; siempre con el afán de darle un radio de acción eficaz a la propuesta, y no caer en el despropósito, de *"dirigirla a todo el mundo y a nadie, sin conciencia de la limitación del instrumento"*¹³⁷ por ello nos insertamos en esta tendencia consistente en América Latina de migrar a sistema acusatorios, desde sistema mixtos o inquisitivos.

Mi primera sorpresa al conocer datos comparativos de la reforma penal, fue que lejos de lo novedoso y sorpresivo que para la gran mayoría de los juristas locales resultó la reforma en materia de juicios orales en 2008, en la mayoría de los países de América Latina dicha reforma ya había sido implementada. México no innovó, al contrario, nos quedamos a la zaga.

Argentina, en particular Buenos Aires¹³⁸ en 1998; Bolivia en el año 2000; Chile en el año 2000; Colombia en 2005; en Costa Rica la reforma fue en 1996, entrando en vigor en 2008; en Ecuador se reforma la ley procesal en el año 2000, y entró en

¹³⁷ Se toma la idea de ORTEGA y Gasset, José, obra citada, p. 9, en cuanto a que trata de acotar *a priori* los objetivos de su estudio.

¹³⁸ Argentina, al igual que México tiene un sistema federalista, y por tanto las provincias han decidido de manera autónoma cuando empezar, pero Buenos Aires es el referente perfecto, en lo cualitativo y en lo cuantitativo.

vigor al año siguiente; El Salvador desde 1998 tiene sistema acusatorio; Guatemala aprobó su reforma en 1992, y entró en vigor en 1994; en Honduras tienen reforma desde 1999, y está en vigor desde el año 2002; Nicaragua reformó su ley procesal en 2001, entrando en vigor al año siguiente; Panamá al igual que México tuvo su reforma en 2008, y empezó su aplicación de forma gradual a partir de 2009; Paraguay en 1998; en Perú se reforma el procedimiento en 2004, con vigencia a partir de 2006; República Dominicana con reforma desde 2002, y en 2004 ya estaba aplicando; y finalmente en Venezuela en 1998 se aprobó la reforma y tiene vigencia desde 1999.¹³⁹

Ahora, la justificación de tomar referencias de las experiencias de implementación en América Latina, primero la encontraría en el diagnóstico, tenemos problemas muy similares todos los países; y segundo, en una razón pragmática, adquirí conocimientos o datos de manera directa en la capacitación Interamericana de CEJA;¹⁴⁰ por ello, del estudio -en lo normativo y en lo práctico- de la prisión preventiva en los sistemas procesales penales reformados,¹⁴¹ se obtendrán algunos referentes importantes.

3.1.2. Reformas que no llegaron, o que se fueron.

La regulación de la prisión preventiva ha sido probablemente el tema más debatible de aquellos relevados por las reformas a la justicia criminal que ha tenido lugar en prácticamente todos los países de América latina.

¹³⁹ Datos que se tomaron de la consulta en línea de los decretos de reforma correspondientes. (Octubre de 2011).

¹⁴⁰ Generación 2011, de mayo a noviembre de 2011 del Programa Interamericano para la Formación de Capacitadores en el Sistema Acusatorio del Centro de Justicia de las Américas.

¹⁴¹ Antecedentes y resultados generales de este proceso pueden verse en la colección de estudios realizados por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (en adelante CEJA) denominados "*Proyectos de seguimiento de las reformas Penales en América Latina*". Véase especialmente Juan Enrique Vargas (editor) y Cristian Riego (autor informes comparativos), "*Reformas procesales penales en América latina: resultados del proyecto de seguimiento*", CEJA, Santiago 2005, p. 229; y, "*Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento IV etapa*", CEJA, Santiago 2007, p. 362.

Tomando en cuenta cuál era la situación previa a los procesos de reforma que han tenido lugar en los últimos veinte años, se extrae que, desde un punto de vista estrictamente legal, en la mayoría de los países –igual que en México- existía algún tipo de régimen de aquellos que podríamos caracterizar como de *inexcarcelabilidad*, esto es, alguna regulación en que la ley establecía un catálogo “amplio por cierto” de delitos que *per se* implicaban que el imputado permanecería en un régimen de control privativo de libertad en el tiempo necesario para la culminación del proceso; y sólo por delitos menores, se podría obtener el “beneficio” de la libertad bajo caución.

Sin duda alguna, los nuevos estatutos procesales se han visto sometidos a una fuerte presión, por la percepción de “puerta giratoria” algunas reformas que se dieron sin catálogo de delitos *inexcarcelables*, posteriormente tuvieron contrarreforma, y otras, como la de México, nacieron ya trucas o cortas en dicho aspecto, la presión llegó a nivel legislativo; como ya se planteó en capítulo anterior, en las primeras iniciativas presentadas –según los registros del proceso legislativo- por los artífices de la reforma penal de 2008, los entonces Diputados César Camacho Quiroz y Felipe Borrego Estrada, no estaba previstos los delitos *inexcarcelables*.

3.1.2.1. Altas expectativas, desencanto mayúsculo.

Una explicación sobre el desencanto en la sociedad por el nuevo sistema, estriba en la expectativa creada, además de la idea de dar una mayor protección de los derechos fundamentales, también influyó en “las voluntades políticas” el producir una mejora en el funcionamiento y eficacia del sistema.¹⁴² Esto generó expectativas de los ciudadanos respecto a sus resultados, que no le

¹⁴² Cuando se habla de los derechos de las “víctimas” y sobre el combate a la impunidad en las iniciativas, exposición de motivos, y en los debates. Véase en particular la iniciativa presentada por César Camacho Quiroz (artífice de la reforma) cuando se refiere a la seguridad pública. Consulta en línea: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf> (octubre de 2011).

corresponderían a una reforma procesal garantista, por lo menos no a la reforma a un sistema penal acusatorio y adversarial.

Algunas de las fuentes que dan cuenta de la situación descrita son por ejemplo, el último informe emitido por la Corporación Latinobarómetro¹⁴³ que muestra que para el año 2011 era percibida por 11 de 18 países latinoamericanos como el principal problema social a enfrentar, con porcentajes que van de un 20% para Perú a un 61% para Venezuela, con un promedio regional de 32%.¹⁴⁴

La delincuencia y, en consecuencia, la deficiencia del sistema de justicia para combatirla son temas que se encuentran en permanente seguimiento por parte de los medios de comunicación. El comportamiento de estos ha sido constante en materia de informar noticias relacionadas con el tema, en particular beneficiados por la publicidad que trae aparejada la oralidad, en donde el funcionamiento y los supuestos “errores” del sistema de justicia son observados por toda la población.¹⁴⁵

Esto originó una alta expectativa por parte de la opinión pública general de que los imputados de delitos queden bajo el régimen de prisión preventiva, y en aquellos casos que no ha sido así, se generó insatisfacción en gran parte de la sociedad y descrédito del sistema penal. Ello ha dado lugar en varios países a una suerte de cambios legislativos llamados “contrarreforma”; para referirse a las modificaciones legales que los distintos sistemas acusatorios del continente han sufrido en materia de regulación de la prisión preventiva en los años posteriores a la entrada en vigencia de estos.

¹⁴³ Consulta en línea: <http://www.latinobarometro.org/latino/latinobarometro.jsp> (mayo de 2012)

¹⁴⁴ México, Venezuela, Uruguay, Guatemala, Ecuador, Perú, Costa Rica, Panamá, Honduras, Argentina y El Salvador son los países que sus ciudadanos consideran a la inseguridad y violencia el problema que más les preocupa.

¹⁴⁵ RIEGO, Cristian, DUCE, Mauricio, *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA, Santiago, Chile, 2008, p. 55.

3.1.2.2. Ejemplos concretos de la contrarreforma.

Si bien en principio la mayoría de los países con reformas en funcionamiento (como son Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Venezuela) han avanzado en materia de medidas cautelares personales, posterior a ello, y como resultado de la “percepción de inseguridad” se (i) ha regresado al establecimiento de delitos inexcusables, como ejemplo está, Colombia, Ecuador y Paraguay.

También se ha visto la tendencia “contrarreformista” en (ii) la prohibición de sustitución de la prisión preventiva por medidas alternativas. La selección de tipos penales respecto de los que se ha prohibido la sustitución de la prisión preventiva se ha guiado por dos criterios; (ii.i) los que tiene una alta penalidad, por ejemplo los delitos como homicidio, violación, entre otros; y (ii.ii) se ha establecido la prohibición de figuras delictivas que no cuentan con una penalidad significativa, pero que sí son de concurrencia común y por ende tiene alto impacto en la percepción de la población, como por ejemplo la (encubrimiento por) receptación reiterada.¹⁴⁶

Un siguiente supuesto de “contrarreforma” es la (iii) ampliación de las causales de procedencia de la prisión preventiva. Desde una perspectiva cautelar consistente con la idea de proteger y asegurar los resultados del proceso penal, los sistemas reformados establecieron causales de procedencia tendientes a reforzar dicha lógica, como son las causales de peligro de fuga y de peligro de obstaculización o peligro para la investigación.

Gran parte del movimiento de contrarreforma ha tenido por objetivo alterar y hasta cierto punto distorsionar la regulación de la prisión preventiva, (iv) incorporando cambios de relevancia en las causales de procedencia que dirigían el análisis que el juez podía realizar con una clara tendencia a facilitar la concurrencia de la prisión preventiva.

¹⁴⁶ Obra citada, p. 65.

En lo que se refiere a la (iv.i) causal de peligro de fuga, esta es la que más ha sido reformada en las distintas legislaciones procesales penales, están los casos de Bolivia,¹⁴⁷ Chile,¹⁴⁸ Colombia,¹⁴⁹ y Venezuela.¹⁵⁰ En particular, al tazar diversos aspectos para incrementar las posibilidades de su concurrencia, otorgando relevancia a la gravedad de los hechos y a la pena señalada en el delito clasificado, más que a los antecedentes de arraigo del imputado, con la finalidad de ponerle una camisa de fuerza al juez en la apreciación de la necesidad de cautela. También se han incorporado en las legislaciones de Bolivia y Chile, la causal de “reincidencia” para tazar el peligro de fuga, misma que va sobre la tendencia del derecho penal de autor y no de derecho penal de acto, actualmente aceptada como acorde a la dignidad humana.

Para Mauricio Duce, Claudio Fuentes y Cristian Riego,¹⁵¹ estas “contrarreformas” acercan muchísimo al régimen de delitos inexcusables, y que en el fondo, bastaría la clasificación delictiva (igual que en el sistema de catálogo) para que en automático quede el imputado en prisión preventiva.

¹⁴⁷ Estableció el Código Procesal Penal de Bolivia una nueva causal de procedencia de la prisión preventiva, en el artículo 234 ter (de la Ley 1.970, incorporado por la ley 2.494 del año 2003) que incorpora la reincidencia. Consulta en línea en la siguiente dirección: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/736.pdf> (octubre de 2011).

¹⁴⁸ En la legislación de Chile, con la llamada agenda corta (Ley 20.253 de marzo de 2008) en donde se indica en el artículo 140, que “*para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente algunas de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito, el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o en pandilla*”. Consulta en línea en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20253/HL20253.pdf> (octubre de 2011).

¹⁴⁹ La incorporación de la misma causal citada de Chile, se dio en Colombia con la Ley 1.142 del año 2007, fijando la prevalencia de la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible. Además se estableció la causal de peligro para la comunidad, en el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, modificada en 2007, del Código Procesal Penal Colombiano, indiciando que para la concurrencia de esa causal “*será suficiente la gravedad y modalidad de la punible*” y en donde el juez podrá valorar otros criterios. Consulta en línea: <http://www.corteconstitucional.gov.co/> (octubre de 2011).

¹⁵⁰ La contrarreforma del año 2001 al Código Orgánico Procesal de Venezuela, el cual estableció presunciones de concurrencia del peligro de fuga, el párrafo primero, presume que concurre en aquellos delitos en donde su pena máxima a imponer sea igual o superior a diez años (artículo 251).(Consulta en línea octubre de 2011).

¹⁵¹ RIEGO, Cristian, DUCE, Mauricio, obra citada, p. 67.

3.1.3. América Latina. Fenómenos y problemas comunes.

Termino el capítulo como lo empecé, sorprendido con el hallazgo –por lo menos en lo individual- de lo igual que somos los países de América Latina en nuestra forma de organizarnos, de pelearnos, lo que queremos y lo que no queremos; los problemas de la justicia penal así lo reflejan, es quizá un síntoma, a palabras de Ortega y Gasset, de la *“pavorosa homogeneidad de situaciones en que va cayendo todo el occidente”*¹⁵² nunca antes más globales.

En los países analizados, que son una muestra muy confiable de los países con reforma penal, se colige que al igual que en México, la prisión preventiva era utilizada ampliamente con anterioridad al sistema penal de corte acusatorio, en consonancia con los paradigmas y prácticas impuestas por los sistemas inquisitivos; la prisión preventiva era automática, consecuencia del proceso, y en definitiva, la primera y principal respuesta del sistema procesal frente a la comisión de delitos.

Ante el discurso garantista, dichas lógicas ya no fueron sostenibles, por tal motivo, las reformas a la justicia criminal que se han realizado en los últimos 20 años en América Latina centraron parte de sus esfuerzos en transformar de forma radical, la regulación normativa y práctica del uso de la prisión preventiva; buscando alterar su lógica de funcionamiento para hacerla una institución respetuosa de los derechos humanos; lo que en la práctica generó un impacto muy positivo en la racionalización de la prisión preventiva, en la primera fase o en el primer bloque de países que implementaron el sistema acusatorio.

Sin embargo, surgió un fenómeno muy similar en todo América Latina, ante la superación en gran parte del problema de la pobreza,¹⁵³ la inseguridad se convirtió en la principal preocupación de las sociedades, creció la percepción de

¹⁵² ORTEGA y Gasset, José, obra citada, p. 11.

¹⁵³ Mismo fenómeno analizado con las tesis del “estado de bienestar”, véase capítulo respectivo,

inseguridad, el populismo penal no se hizo esperar, y se posicionó en el colectivo la opinión que la imposición de medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva, estaban generando un sistema de “puerta giratoria”, de impunidad.

La salida ofertada e impuesta por la lógica política del populismo penal ha sido evidente, contrarreformas –donde ya había reforma- o reformas trucas, en las reformas posteriores al año 2005 –como la de México- que dejan mucho que desear en cuanto al cumplimiento del principio de presunción de inocencia, a la lógica cautelar.¹⁵⁴ En fin, América Latina comparte en gran medida la deuda que los sistemas implementados conservan con el principio citado.

3.2. La reforma penal en las entidades federativas.

3.2.1. Generalidades, cifras y variables comparativas.

La reforma al sistema de justicia penal mexicano se distingue por surgir en los estados donde hubo voluntad política y algunos liderazgos que la empujaron, si observamos que entidades como Chihuahua, Oaxaca, Morelos y Zacatecas aprobaron sus nuevos códigos de procedimientos, así como Baja California, Durango y el Estado de México comenzaron sus respectivas preparaciones legislativas antes de la aprobación de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 2008. Ello es nota distintiva, que se inicia desde los estados hacia la federación, y son precisamente en las entidades federativas donde se tiene el mayor avance y la experiencia en la implementación y operación de sistema acusatorio.

¹⁵⁴ En el análisis de lo teórico, es la negación de las reglas de solución de casos difíciles de Dworkin, en cuanto a que pugna, porque nunca una directriz política (seguridad pública, combate a criminalidad) prevalezca en colisión vs un derecho individual, o un principio que impacta de forma directa en un derecho individual (libertad y presunción de inocencia).

Como ya fijamos, en el sistema tradicional el uso de la prisión preventiva se percibe como excesivo, costoso y por contravenir la presunción de inocencia y estándares internacionales¹⁵⁵ ya que se aplica de forma general.¹⁵⁶ El marco normativo del sistema tradicional permite dicho uso, el cual resulta en la aplicación de la prisión preventiva como consecuencia directa y exclusivamente por el tipo de delito imputado y no atendiendo a los objetivos procesales de necesidad de cautela para asegurar la comparecencia del imputado en el proceso, proteger a la víctima y a la sociedad.

En estas circunstancias, de acuerdo a datos de Javier Carrasco Solís,¹⁵⁷ director del Proyecto “Presunción de Inocencia en México” actualmente, alrededor del 41% de la población penitenciaria está en prisión preventiva, o sea, más de 92,000 personas están en prisión sin condena, lo cual en el 2006 le costó a México alrededor de 9.7 mil millones de pesos mexicanos (\$970 millones USD, al tipo de cambio del 2006)¹⁵⁸. El costo total incluye cuatro rubros: costos del estado, costos de los detenidos, costos de la familia de los detenidos y costos de la comunidad.

En dicho estudio, Javier Carrasco analizó el impacto de la reforma constitucional del sistema de justicia penal del 2008 y la de algunos estados que iniciaron antes que la federal, en el régimen de prisión preventiva en seis de los siete estados con

¹⁵⁵ Los instrumentos internacionales suscritos por México establecen la excepción de la prisión preventiva. Ver Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (suscrito por México el 23 de marzo de 1981), artículo 9.3: “...La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe de ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso para la ejecución del fallo”. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 7.5: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

¹⁵⁶ ZEPEDA Lecuona, Guillermo, “Mitos de prisión preventiva en México”, segunda edición, Open Society Justice initiative, 2010, p.8.

¹⁵⁷ LORENZO, Leticia, RIEGO, Cristian, DUCE, Mauricio, “Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas”, Volumen 2, Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA, Santiago, Chile, 2011, p. 172.

¹⁵⁸ ZEPEDA Lecuona, Guillermo, “¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México”, Open Society Justice Initiative, 2009, p.17.

el nuevo sistema; principalmente, con los siguientes indicadores fundamentales: **(i)** Tendencias del uso de la prisión preventiva antes y después de la reforma; **(ii)** cambios normativos y prácticos; **(iii)** uso de medidas cautelares diversas a la prisión preventiva; y **(iv)** grado de cumplimiento con los fines procesales de los imputados en libertad bajo medidas cautelares.

3.2.2. Situación de la prisión preventiva antes de la reforma.

Como ya se fijó, el régimen de la prisión preventiva en el sistema tradicional, el cual –a la fecha- sigue vigente en Nayarit, se utiliza como la regla y no la excepción. La normatividad permite dicho uso, para que la autoridad judicial imponga la prisión preventiva basándose únicamente por la clasificación del delito y no atendiendo a los fines procesales.

Como ya se dijo en México existen por lo menos cinco tipos de detención antes de que una sentencia condenatoria cause ejecutoria;¹⁵⁹ dicho marco normativo, ha resultado en el incremento de la población penitenciaria nacional de 172,888 en el 2002 (176 por cada 100 mil habitantes) a 222,297 a julio de 2010¹⁶⁰ (197 por cada 100 mil habitantes). La población penitenciaria, entre 2002, 2003, 2004 y 2005 incremento en alrededor de 10,000 internos por año. Del 2005 al 2007 el incremento de la población penitenciaria no fue en la misma cantidad a los años previos. En el 2008 y 2009 se da otro aumento significativo de 9 y 5 mil, respectivamente. Para el 2010, las cifras de la Secretaría de Seguridad Pública Federal muestran una disminución de 5,000 internos en la población penitenciaria.

¹⁵⁹ Estas variantes son la (i) Detención / Arrestos Administrativo, (ii) Detención o Retención ante el Ministerio Público en el plazo constitucional de 48 horas; (iii) Arraigo; (iv) Prisión Preventiva como una de las medidas cautelares personales que se utilizan durante el proceso penal después de la judicialización del caso (ejercicio de la acción penal) para asegurar la comparecencia del imputado en el proceso y resguardar a la víctima y sociedad; y (vi) Prisión preventiva durante el recurso contra una sentencia (casación y Amparo). Para fines del análisis, los datos corresponden al tipo de detención descrito en las categorías cuarta y quinta, es decir la prisión preventiva impuesta por la autoridad judicial durante el proceso penal mientras que no haya causado ejecutoria una sentencia.

¹⁶⁰ Fuente: Secretaria de Seguridad Pública de México, cifras a julio de 2010.

Aunque de julio de 2009 a julio de 2010, disminuyó la población penitenciaria, los datos y la experiencia nos indica que se debe más a la sobrepoblación y hacinamiento, a la necesidad de descongestionar el sistema, que en política de respeto a la presunción de inocencia.¹⁶¹ Además, dicha disminución se dio en el fuero federal, ya que fueron 5,923 personas menos; mientras que en el fuero común aumentó en 3,192 la población penitenciaria.

3.2.3. Proceso de reforma en los Estados.

Es importante fijar, que tomaremos como base los Estados que hasta el inicio de la investigación habían aprobado y estarían en proceso de implementación sus nuevos sistemas de justicia, a saber:

Estado	Fecha de reforma
1) Chihuahua	(Reforma aprobada en el 2006 y que entró en vigor en enero de 2007 por regiones; actualmente es el único estado con la reforma en vigor en toda la entidad)
2) Oaxaca	(Reforma aprobada en el 2006 y entró en vigor en septiembre de 2007)
3) Morelos	(Reforma aprobada en el 2006 y entró en vigor en septiembre de 2007).
4) Zacatecas	(Reforma aprobada en el 2007 con entrada en vigor el enero de 2009)
5) BC	(Aprobó la reforma en el 2007 y entró en vigor en agosto de 2010)
6) Durango	(Reforma aprobada en diciembre de 2008 y entró en vigor en diciembre de 2009)
7) Edo Mex	(Aprobó el nuevo Código Procesal Penal en febrero de 2009 y entró en vigor en octubre de 2009)

3.2.3.1. Reglas acordes a los estándares internacionales, pero catálogo de delitos inexcusables.

¹⁶¹ La evidencia empírica como operadores del sistema así nos lo revela.

Los siete estados incluyen disposiciones específicas sobre los criterios, estándares y procedimientos para la solicitud de las medidas cautelares, en los cuales se enfocará este diagnóstico. Los estándares internacionales y los códigos reformados en otras entidades influyeron directamente en las nuevas normas sobre prisión preventiva y otras medidas cautelares de los estados aquí citados.

Primero, los códigos establecen la presunción de inocencia como principio rector de sus sistemas acusatorios. Segundo, en sus capítulos de medidas cautelares, los códigos establecen que el Ministerio Público solicitará las medidas cautelares y que la prisión preventiva solo precederá cuando exista presunción razonable de los siguientes supuestos: (i) Existe un peligro de que el imputado no comparecerá al proceso; (ii) existe un peligro de que el imputado obstaculizará el desarrollo de la investigación; o (iii) existe un riesgo para la víctima o sociedad. Tercero, las nuevas normativas incorporan una audiencia donde las partes realizarán sus peticiones y el juez, después de haber escuchado las posturas, tomará una decisión. Cuarto, las legislaciones establecen una serie de alrededor de once medidas cautelares diversas a la prisión preventiva.

Sin embargo, por el contenido del artículo 19 Constitucional, al establecer una lista de delitos graves inexcusables; las entidades federativas en vez de optar por ampliar las garantías, decidieron transcribir dicha lista en sus ordenamientos y algunos hasta incluyeron delitos adicionales (como la propuesta local). Este mecanismo directamente impacta en el uso de la prisión preventiva.

En los casos de detención con detenido, después del control de dicha detención por parte del juez, y también después que el imputado hubiere tenido la oportunidad de declarar, aquí pueden pasar dos supuestos. El primero, se refiere al caso que el imputado decida que se le vincule a proceso, las partes entran en el debate de las medidas cautelares. El segundo supuesto es en los casos donde el imputado desea tomarse su derecho del término constitucional de 72 horas o la duplicidad del mismo, establecido en el artículo 18 constitucional. El propósito de este término es para que el imputado y la defensa tengan tiempo para ofrecer pruebas para la no vinculación. En estos casos, las partes entran en el debate de

las medidas cautelares y posteriormente regresan en la fecha señalada para la vinculación.

3.2.3.2. Medidas cautelares en los nuevos códigos de procedimientos penales.

Los códigos de los siete estados citados, introducen un catálogo de entre once a trece medidas cautelares, las que difieren solamente en cuestiones de terminología. Oaxaca es la única entidad que denomina a las medidas como medidas de coerción personal. Baja California textualmente incluye la reparación de daño como un elemento de garantía económica. En recientes reformas Morelos reenumeró las medidas iniciando con la prisión preventiva como primera opción. En el siguiente cuadro se comparan los diferentes tipos de medidas y se señala las que existen en los siete estados.

Medidas Cautelares en los Nuevos Códigos de Procedimientos Penales

Medidas cautelares	CH Art.169	OAX Art. 169	ZAC Art. 208	MOR Art. 176	EDO.MEX Art.192	DGO Art.180	BC Art.167
Presentación de una garantía económica	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓ Reparación del daño
II. Prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
III. Obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución pública, que informe regularmente al juez,	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
IV. Obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
v. Localizadores electrónicos,	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
VI. El arraigo, en su							

propio domicilio o en el de otra persona (sin vigilancia alguna o con las modalidades que el juez disponga).	✓	✓ O en centro médico o geriátrico	✓	✓	✓ (Reclusión domiciliaria)	✓ (Arresto domicilio)	✓
VII. Prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
VIII. Prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
IX. Separación inmediata del domicilio, cuando se trate de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales y cuando la víctima conviva con el imputado;	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
X. La suspensión de derechos;	✓				✓		✓
XI. Suspensión provisional en el ejercicio del cargo, profesión u oficio, cuando se atribuya un delito cometido con motivo de estos siempre y cuando aquel establezca como pena la inhabilitación, destitución o suspensión;		✓	✓		✓		
XII. Internamiento en centro de salud u hospital psiquiátrico, en los casos en que el estado de salud del imputado así lo amerite;	✓			✓	✓	✓	✓
XIII. La prisión preventiva	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
El juez puede prescindir de toda medida cautelar cuando la promesa del imputado de someterse al proceso sea suficiente...	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓

*Fuente: Consulta en línea de los Códigos Procesales Penales respectivos.

3.2.3.3. Procedimiento para solicitar las medidas cautelares.

Una vez establecido el comparativo de las diversas medidas cautelares que existen en los nuevos códigos, es importante analizar el procedimiento para solicitar las mismas. Los requisitos son muy similares, todos los ordenamientos

estatales incluyen la noción de que se imponen las medidas cautelares una vez que se le hubiere dado la oportunidad al imputado de declarar. Asimismo incorporar el riesgo de no comparecencia, para la víctima y la sociedad, como los supuestos que tiene que probar el Ministerio Público para solicitar la imposición de las medidas cautelares.

Por último, los siete estados incluyen el precepto constitucional, que establece la posibilidad de que el Ministerio Público solicite la prisión preventiva “cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado preventivamente por la comisión de un delito doloso”. Por último, el tema multitratado en todo el trabajo sobre los delitos inexcarcelables para los cuales se impone la prisión preventiva de oficio.

3.2.3.4. Diagnóstico sobre la implementación.

Javier Carrasco¹⁶² señala que los estados no introdujeron la política detrás de la normatividad; que no se establecieron los programas de supervisión para asegurar el cumplimiento de las medidas cautelares, por lo que propone dos escenarios. Por un lado, que los jueces liberen indiscriminadamente sin identificar los casos que realmente presentan un riesgo de fuga o para la víctima. Por otro, que por falta de confianza, se impongan la prisión preventiva atendiendo únicamente a la gravedad del delito continuando con la inercia del sistema tradicional de imponer dicha medida como regla general.

También señala la importancia del fortalecimiento de las partes, en especial la defensa para que funja como uno de los guardianes de la debida implementación del sistema; y cita como ejemplo, que en algunas audiencias de medidas cautelares existe la tendencia de que el juez revierta la carga de la prueba y dicte la prisión preventiva porque la defensa no probó el arraigo domiciliario. Añade Javier Carrasco, *“esta justificación judicial va en contra de la legislación y de la*

¹⁶² LORENZO, Leticia, RIEGO, Cristian, DUCE, Mauricio, obra citada, p. 199.

presunción de inocencia, ya que la norma establece que el Ministerio Público es el que solicitará las medidas cautelares para resguardar los fines procesales. Si la defensa, en dicha situación, acepta la decisión sin objetar o apelar estará permitiendo que el nuevo sistema se vicié”.

3.2.4. Impacto de la reforma en el uso de la prisión preventiva.

Ahora, es importante saber si con la reforma que entró en vigor en diversos –dichos- estados se han movido las cifras de prisión preventiva. Para ello se tomarán el análisis que sobre las cifras proporcionadas por la Secretaría de Seguridad Pública Federal;¹⁶³ realizó Javier Carrasco.

Se desprende que al comparar la población penitenciaria entre los seis de los siete estados (excepto Baja California) que a finales del 2010, estaban implementando sus nuevos sistemas de justicia penal, en los tres años primeros la tendencia había sido la disminución. Hasta el 2009 la tendencia iba en descenso en los seis estados, sin embargo en el 2010, el porcentaje de la población en prisión preventiva de tres entidades (Chihuahua, Oaxaca y Zacatecas) aumentó.

Javier Carrasco propone que ello fue producto de la introducción de los delitos inexcusables, ya que al inicio de las reformas de Chihuahua y Oaxaca no existían los delitos graves, por los que se impone prisión preventiva de oficio. Con la reforma constitucional de 2008, los estados crearon la lista de delitos inexcusables en la etapa procesal. Las reformas de los tres estados iniciaron con delitos graves, así que su punto de partida fue desde una realidad similar a la situación pre-reforma en lo referente a la prisión preventiva. Es decir no tuvieron

¹⁶³ Secretaría de Seguridad Pública Federal, <http://www.ssp.gob.mx/portaIwebApp> (Consulta en línea octubre de 2011)

que experimentar un cambio drástico al inicio de la implementación de sus reformas sin delitos graves para posteriormente reinstituírlos en sus códigos.¹⁶⁴

Ello es evidencia de que tal catálogo sí incide en aumentar (o no reducir) el porcentaje de procesados en prisión preventiva. Chihuahua tiene 10 delitos clasificados como graves; el incumplimiento de medidas cautelares en libertad resulta en la imposición de la prisión preventiva. El Código de Oaxaca contiene 12 delitos graves. Por último en el Código de Morelos se encuentran 29 delitos graves. Cabe mencionar que en los tres códigos regulan ciertas modalidades de los delitos enlistados. Los tres coinciden en los delitos estipulados en la Constitución; algunos de los establecidos en el Código de Morelos pueden ser cuestionables, por ejemplo, abigeato, inseminación artificial, hostigamiento sexual, despojo.

3.2.5. La contrarreforma en las entidades.

A la par de la “contrarreforma” ya expuesta, los códigos de Chihuahua y Oaxaca, que fueron los primeros en aprobarse y de entrar en vigor establecieron claramente a la presunción de inocencia como el centro del proceso; pero el gusto duró poco, el primer cambio legislativo ocurrió a mediados del 2007,¹⁶⁵ aproximadamente medio año después de entrada en vigor del nuevo código de procedimientos penales de Chihuahua al regresar el concepto de delitos graves, para los cuales la prisión preventiva es automática. El legislador decidió clasificar entre otros al homicidio doloso, robo calificado, secuestro, violación, fraude y abuso sexual como delitos graves.

Atendiendo a la disposición constitucional del listado de delitos graves, los estados han modificado sus códigos para incorporar dichos preceptos; Oaxaca y

¹⁶⁴ LORENZO, Leticia, RIEGO, Cristian, DUCE, Mauricio, “Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas”, Volumen 2, Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA, Santiago, Chile, 2011, p. 208.

¹⁶⁵ Artículo 173 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua.

Morelos ya hicieron sus modificaciones; otra acción contrarreformista es la modificación del Código de Morelos de agosto de 2009. En dichas modificaciones el estado aumentó el listado de delitos graves a 29, algunos no están en la Constitución¹⁶⁶. En la misma reforma se colocó a la prisión preventiva de la última a la primera opción en la lista de medidas cautelares. Esta modificación pudiera inferir la predilección de la prisión preventiva. La última acción de contrarreforma es el resultado de la reforma al Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua de enero de 2010¹⁶⁷ en la que se amplió el supuesto de detención en flagrancia, a los supuestos de *cuasiflagrancia* que ya habían sido expulsados del orden jurídico.

3.2.6. Código Modelo de SETEC, más delitos graves que el sistema tradicional.

Cabe resaltar, que en el importante Código Modelo de SETEC,¹⁶⁸ el catálogo propuesto de delitos con prisión preventiva oficiosa es tan extenso, que el actual de delitos “graves” sin derecho a fianza, no obstante emanar de un “sistema inquisitivo” incluso se queda corto; tenemos que además del homicidio doloso, violación, secuestro, y trata de personas, para identificar los delitos cometidos con medios violentos, así como delitos contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y contra la salud, establece textualmente: 1) Piratería, 2) Terrorismo internacional, 3) Genocidio, 4) Evasión de presos, 5) Ataques a las vías de comunicación (dos supuestos), 6) Asalto en carreteras o caminos, 7) Lesiones (cinco supuestos), 8) Robo calificado (nueve supuestos), 9) Robo Calificado (un supuesto), 10) Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, 11) Robo (un supuesto), 12) Robo de vehículo, 13)

¹⁶⁶ Artículo 174 Bis, código de procedimientos penales del estado de Morelos, adicionado P.O.4735, 24 de agosto de 2009.

¹⁶⁷ Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, No. 1016-10 VII P.E. publicado en el P.O.E. No.9 del 30 de enero de 2010.

¹⁶⁸ Que se baja a los estados con el compromiso que lo adaptarán como “modelo” de sus códigos procesales locales, al firmar los respectivos convenios de los órganos implementadores locales con la SETEC.

Desaparición forzada de personas, 14) Tortura, 15) Traición a la patria, 16) espionaje, 17) terrorismo, 18) sabotaje, 19) los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145, todos del Código Penal Federal; 20) corrupción de menores o discapacitados, 21) pornografía de menores o incapaces, 22) turismo sexual en menores o incapaces, 23) lenocinio de menores o incapaces, 24) pederastia, 25) delitos contra la salud (11 supuestos), 26) tentativa punible de los ilícitos penales mencionados. Tenemos un catálogo mayor al actual de delitos inexcusables, entonces, *¿la excepción se vuelve la regla?* sería la pregunta a contestar.

CAPÍTULO 4.

ANÁLISIS JURÍDICO-PRAGMÁTICO DEL SISTEMA PENAL DE NAYARIT.

4.1. Catálogo de delitos graves, y cifras carcelarias.

4.1.1. Cuadro de delitos graves.

Los dispositivos normativos que regulan el uso de la prisión preventiva en el Estado de Nayarit, -a la fecha sin reforma procesal de corte acusatorio- siguen basándose en que el delito no se encuentre ubicado en el catálogo de delitos graves, que se encuentra fijado en el artículo 157 del Código de Procedimientos Penales, que establece lo siguiente:

CUADRO DE PENAS DE PRISIÓN MÍNIMAS EN DELITOS GRAVES	
Catálogo de delitos graves del artículo 157 del CPPEN	Penas mínimas
Homicidio por culpa grave previsto en el último párrafo del artículo 72;	1 año
Contra el orden constitucional del estado y su integridad territorial. Artículo 127;	2 años
Rebelión, previsto en el artículo 130 y 131;	2 años
Sedición previsto en el artículo 140;	2 meses
Terrorismo previsto en el artículo 145;	3 años
Evasión de presos, previsto en los artículos 146 y 148;	4 años
Ataques a las vías de comunicación. Artículos 166, 170 y 171;	10 años
Corrupción de menores o incapaces. Art. 200 frac. III y IV, 201, 202 y 202 bis;	4 años
Lenocinio previsto en el artículo 203,	1 año
Violación en relación con el artículo 206;	1 año
Tortura previsto en el artículo 214;	2 años
Violación en relación con el artículo 260;	6 años
Sustracción y tráfico de infantes, artículo 265;	10 años
Amenazas graves, previsto en el último párrafo del artículo 276;	6 años
Asalto previsto en los artículos 281 y 282;	6 años
Secuestro previsto en el artículo 284;	20 años
Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 291 A;	5 años
Trata de personas previsto en los artículos 291 B, 291 C, 291 D y 291 E;	6 años
Lesiones previsto en los artículos 309, 310, 314 y 315;	4 días
Homicidio previsto en el artículo 317, 321, 322, 323, 330, 331 y 332;	10 años
Robo calificado. Art. 343, con el 348, fracc. I, IV, V, VI, VII, VIII y IX;	1 año 3 días

Abigeato, previsto en el artículo 357, con las fracciones II y III del 358;	4 años
Fraude en relación a la fracción XVI del artículo 369;	3 días
Delito contra el desarrollo urbano;	3 años
Despojo previsto en el artículo 373 penúltimo párrafo;	1 año
Daño en propiedad ajena previsto en el artículo 375;	4 años
Encubrimiento previsto en el artículo 381 último párrafo;	3 años
Fraccionamiento ilegal de inmuebles, artículos 393 y 394;	3 años
Atentados al pudor equiparable a violación, artículo 256 y 260;	6 años
Tentativa de homicidio intencional, terrorismo, tortura, asalto y secuestro.	3 días

++Cuadro de elaboración propia, conforme al Código Procesal Penal local vigente (octubre-11)

Dicho catálogo, es muy variado, son **33** delitos distintos, que si bien protegen como “inexcarcelables” algunos delitos que tienen prevista una pena muy alta, que el peligro de fuga sería muy alto, porque se trataría de prisión efectiva (penas mayores a cinco años de prisión), también incluye algunas figuras que culminan con penas bajas, sin prisión efectiva, sino sustituibles por multa o trabajo, por lo que en tales casos se robustece la percepción de que se trata de “adelantamientos de la pena”, es decir, *“como te voy a condenar, te dejo que vayas pagando con prisión efectiva una parte, y ya cuando llegues a sentencia pues te concedo el beneficio por lo que resta”*; lo que violenta la presunción de inocencia.

En Nayarit, fue muy importante para reducir el porcentaje de procesados en prisión preventiva, cuando se introdujo el 12 de julio del año 2000, en el último párrafo del numeral 157 del enjuiciamiento penal, la potestad para el juzgador, que en el caso del robo calificado (el delito más cometido en la entidad) el juez o tribunal **podrá** otorgar la libertad caucional al procesado, cuando **(i)** el monto de lo robado no exceda de 300 veces el salario mínimo general de la zona y **(ii)** siempre que sea la primera vez que delinca y **(iii)** que no se trate de robo de vehículos automotores o robo a casa habitación; además cuando se eliminó (año 2008) como delito grave el robo calificado en relación a la “confianza”, que está previsto en la fracción III del artículo 348 del Código Penal para el Estado, considero que ahí fue cuando las cifras bajaron.

4.1.2. Otra variable, sobrepoblación y hacinamiento en las cárceles.

Sin embargo, tales modificaciones legales no fueron impulsadas por el legislador en protección a la presunción de inocencia, sino más bien por una necesidad, ya que el estado tiene el porcentaje más alto de hacinamiento carcelario en el país, y materialmente ya no caben los presos en los centros carcelarios –propiamente- y en las cárceles municipales.

Según datos del informe del año 1997¹⁶⁹ del Observatorio Internacional de Prisiones en el documento denominado “Las condiciones de Detención de las Personas Encarceladas” en la mayoría de los países desarrollados la relación entre los detenidos preventivos y los condenados es de 30% aproximadamente. En México, esta relación es del 93.73% *“demostrándose el abuso de la prisión preventiva, generadora de gran corrupción, y pone en evidencia la dilación en la procuración e impartición de justicia”*.

Además se agrega que según el Programa de Prevención y Readaptación Social 1995-2000, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de julio 1996, la sobrepoblación en diciembre de 1995 era de 2026 presos en 155 centros de detención.

En dicho informe se elaboró un cuadro de los Centros penitenciarios con mayor sobrepoblación en el país a diciembre 1995, siendo el siguiente:

Entidad	No. de Centros	Capacidad	Población	Sobrepoblación
Nayarit	20	1192	2275	90.9%
Baja California	4	3630	5105	40.6%
Nuevo León	13	876	1187	35.5%
Chihuahua	14	2202	2844	29.2%
Sonora	14	3772	4824	28.2%

Tales datos arrojan el gran problema de sobrepoblación y hacinamiento en Nayarit, lo que llevó al Gobierno Estatal a partir del año 2000, a un programa de construcciones de cárceles, ya que sólo existía en Tepic capital un centro

¹⁶⁹ Consulta en línea: <http://www.derechos.org/limeddh/informes/prisiones.html> (12-octubre-2011)

carcelario propiamente,¹⁷⁰ y las demás eran cárceles municipales, lo que arroja la gran cantidad (20) que coincide más o menos con los municipios, pero la poca capacidad (1192) para internos.

La situación actual no ha variado mucho, sí se mejoró con la construcción de algunas cárceles municipales o regionales con mayor capacidad (municipio de Santa María del Oro, Santiago, Ixtlán, y Bahía de Banderas¹⁷¹) además de Tecuala sin funcionar, pero la sobrepoblación y hacinamiento sigue casi en las mismas cifras. De acuerdo a los datos arrojados por el “Informe Especial sobre el Sistema Penitenciario del Estado de Nayarit 2011”,¹⁷² tenemos que la situación carcelaria es la siguiente:

En el **Cereso “Venustiano Carranza”**, en el **2009** se tenía una capacidad instalada para 864 internos, presentando 2210 pobladores al momento de la visitas, por lo que la **sobrepoblación** era de **155.79%**. Ya en el **2010** el número de internos subió a **2286**, por lo que la sobrepoblación fue ya de **164.58%**.

En cuanto a las **cárceles municipales**, la única que presentaba un problema real de sobrepoblación en los años 2009-2010 era precisamente la municipal de Bahía de Banderas, con una capacidad para 34 internos, y con una población de 103 en la visita, por lo que el hacinamiento era del 202%;¹⁷³ Tecuala presentó un hacinamiento de 18%, Ruiz del 62%, San Blas del 75%, y finalmente Las Varas (Compostela) del 100%; pero con poblaciones muy pequeñas y fluctuantes. Las demás cárceles municipales no presentaron sobrepoblación.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Centro de Rehabilitación Social “Venustiano Carranza” en Tepic, Nayarit.

¹⁷¹ Durante el desarrollo del trabajo fue la apertura de dicha cárcel municipal, en abril de 2012.

¹⁷² Emitido por la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos para el Estado de Nayarit. Noviembre de 2011. (Impreso en línea <http://www.cddh-nayarit.org/archivos-pdf/informe-sistema-penitenciario.pdf>)

¹⁷³ La actual cárcel municipal de Bucerías tiene capacidad para 180 internos, por lo que ya no tiene sobrepoblación.

¹⁷⁴ “Informe Especial sobre el Sistema Penitenciario del Estado de Nayarit 2011”, CDDH del Estado de Nayarit, Tepic, Nayarit, 2011, p. 48.

Ello ha llevado a que se implementen estrategias para ir reduciendo el número de internos, como las modificaciones legislativas ya citadas, la fijación de fianzas personales, y la detección de casos donde –por acuerdos- se otorga la libertad provisional pero quedando la impresión de un mecanismo “no legal”; pero sin cambiar la naturaleza de la prisión preventiva.¹⁷⁵

Lo anterior, ha producido que los porcentajes de procesados en libertad y en prisión preventiva se hayan reducido en los últimos años, siendo las cifras oficiales en todo el Estado las siguientes:

De acuerdo a la estadística oficial del Poder Judicial del Estado de Nayarit, proporcionada por el Jefe del Departamento de Informática, los números de los **procesados del periodo (01/enero/2011 al 30/sept/2011)** fueron:

- (i) Bajo fianza 7723;
- (ii) detenidos 9473;
- (iii) en el Cereso de Tepic 7540 internos, y
- (iv) en otras cárceles 1829 internos.

Ello arroja como resultado que del total de **17,196 procesados**, un **56%** estuvieron en prisión preventiva durante su proceso.

4.2. Estudio estadístico y de campo. Juzgado Penal de Bucerías.

Para efectos de contrastar los datos que se obtienen de forma estadística, se obtuvieron mediante investigación de campo, ya de forma más específica, diversa información respecto al tema que nos ocupa; de ello se obtiene que el porcentaje

¹⁷⁵ Datos oficiales asentados en visita carcelaria por el titular del Juzgado Penal y por el Alcaide, y por evidencia empírica en reuniones de jueces de 2008 a 2011.

reportado para todo el estado coincide con el recabado del Juzgado Penal de Bahía de Banderas, que reporta los siguientes datos, en cuanto a personas procesadas en el mes, cuántos se quedaron en prisión preventiva, y cuántos salieron bajo fianza, correspondiente al año 2011:

Mes	Procesados	Prisión preventiva	Bajo caución	% prisión preventiva
Enero	31	17	14	55%
Febrero	35	21	14	60%
Marzo	43	22	21	52%
Abril	52	31	21	60%
Mayo	78	43	35	56%
Junio	53	28	25	53%
Julio	52	31	21	60%
Agosto	46	25	21	55%
Septiembre	53	28	25	53%
Total				56%

*Fuente: Información recabada de las estadísticas mensuales rendidas por el Juzgado Penal de Bucerías de Primera Instancia, con competencia en todo el municipio de Bahía de Banderas.

Este dato resulta importante, porque le da sustento estadístico de muestreo con respecto a los reflejados en todo el Estado de Nayarit, a los recabados de la estadística oficial rendida en el Juzgado Penal de Bucerías, coincidiendo en el porcentaje del **56%** de procesados en prisión preventiva del total, lo que anima a sacar conclusiones de otros indicadores respecto del estudio de campo que a continuación se expondrá.

4.2.1. Estudio de campo. 100 expedientes terminados.

En efecto, se realizó un análisis de 100 juicios penales del Juzgado Penal de Bucerías, Nayarit; para efecto de sacar algunas variables del manejo de la prisión preventiva, tomada la muestra de forma aleatoria en expedientes terminados en los años 2010 y 2011, arrojando los siguientes datos:

DATOS DEL USO DE PRISIÓN PREVENTIVA. JUZGADO PENAL BUCERÍAS

*Medida Cautelar: 1) Prisión preventiva. 2) Caucción. 3) Sujeción a proceso.

**Causa: 1) Sentencia condenatoria. 2) Absolutoria. 3) Medida Alterna.

Exp.	Año	Imputado	Delito	Medida*	sentencia	Causa**	Observaciones
84	2011	MASCULINO	ABANDONO DE FAMILIARES	2		3	CONCILIACION
141	2011	MASCULINO	LESIONES	2		3	CONCILIACION
134	2011	FEMENINO	DAÑO EN PROPIEDAD AJENA	3	07/07/2011	2	CAUSA EJECUTORIA
144	2011	MASCULINO	ESTADO DE EBRIEDAD Y DAÑO EN PROPIEDAD AJENA	2	26/09/2011	1	CONMUTACIÓN
278	2011	MASCULINO	ROBO	1	31/10/2011	1	CONMUTACIÓN
36	2011	MASCULINO	ROBO	1	17/10/2011	1	CONMUTACIÓN
436	2010	MASCULINO	LESIONES	2	14/10/2011	1	CONMUTACIÓN
233	2010	MASCULINO	LESIONES	2	02/03/2011	1	CONMUTACIÓN
128	2011	MASCULINO	ROBO	2	19/09/2011	1	CONMUTACIÓN
216	2011	MASCULINO	LESIONES	2		3	CONCILIACION
397	2009	MASCULINO	ROBO	1	28/06/2010	1	CONMUTACIÓN
243	2010	MASCULINO	LESIONES	1	09/12/2010	1	CONMUTACIÓN
226	2011	MASCULINO	ROBO	1	23/09/2011	1	CONMUTACIÓN
105	2008	MASCULINO	ROBO	1	09/06/2009	1	CONMUTACIÓN
221	2009	MASCULINO	ROBO	1	24/02/2010	1	COMPURGÓ
324	2009	MASCULINO	LESIONES	2	24/03/2011	1	SE MODIFICA
291	2008	MASCULINO	ROBO	1	09/03/2009	1	CONMUTACIÓN
70	2010	MASCULINO	FRAUDE	2	11/05/2011	2	SE CONFIRMA
104	2010	MASCULINO	DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA DE PARTICULARES Y ESTADO DE EBRIEDAD	2	03/05/2011	1	CONMUTACIÓN
204	2010	FEMENINO	ABANDONO DE PERSONAS	1	18/03/2011	1	CONMUTACIÓN
28	2010	MASCULINO	ATENTADOS AL PUDOR	1	03/02/2011	1	COMPURGANDO
268	2010	FEMENINO	ROBO	1	02/12/2010	1	CONMUTACIÓN
83	2010	MASCULINO	DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA DE PARTICULARES Y ALLANAMIENTO DE MORADA	1	13/07/2010	1	COMPURGÓ
95	2011	MASCULINO	AMENAZAS	1		3	SOBRESEIMIENTO
271	2010	MASCULINO	ROBO	1	17/08/2011	1	COMPURGÓ
409	2010	MASCULINO	ROBO	1	11/08/2011	1	CONMUTACIÓN
210	2010	MASCULINO	ALLANAMIENTO DE MORADA, LESIONES Y ARMAS PROHIBIDAS	2	13/05/2011	1	CONMUTACIÓN
162	2010	MASCULINO	ABANDONO DE FAMILIARES	2	03/02/2011	1	CONMUTACIÓN
217	2009	MASCULINO	DAÑO EN PROPIEDAD AJENA, ESTADO DE EBRIEDAD Y LESIONES	1	11/06/2011	1	COMPURGÓ

109	2010	MASCULINO	HOMICIDIO. LESIONES. DAÑO EN PROPIEDAD AJENA Y DELITO DE TRANSITO	2	28/09/2010	1	SE CONFIRMA
133	2011	MASCULINO	ROBO	2	02/09/2011	1	CONMUTACIÓN
243	2009	MASCULINO	ROBO	1	24/10/2011	1	CONMUTACIÓN
185	2009	MASCULINO	LESIONES	1	18/08/2011	1	CONMUTACIÓN
20	2011	MASCULINO	ROBO	1	03/08/2011	1	CONMUTACIÓN
164	2011	MASCULINO	ROBO	1	11/10/2011	1	COMPURGANDO
62	2011	MASCULINO	ROBO	1	03/08/2011	2	CAUSA EJECUTORIA
24	2010	FEMENINO	ROBO	1		3	CONCILIACION
107	2011	MASCULINO	HOMICIDIO Y LESIONES	1	07/09/2011	1	CONMUTACIÓN
219	2009	MASCULINO	ROBO	1	05/02/2010	1	CONMUTACIÓN
170	2011	MASCULINO	ROBO	1	30/09/2011	1	CONMUTACIÓN
370	2010	MASCULINO	ROBO	1	11/05/2011	1	CONMUTACIÓN
16	2009	MASCULINO	ABANDONO DE FAMILIARES	1	17/08/2011	1	CONMUTACIÓN
105	2003	MASCULINO	VIOLACION	1	11/02/2009	1	SE CONFIRMA
219	2008	MASCULINO	ROBO	1	20/02/2009	1	SE MODIFICA
224	2011	MASCULINO	ABANDONO DE FAMILIARES	1		3	CONCILIACION
100	2010	FEMENINO	LESIONES	1		3	CONCILIACION
297	2010	MASCULINO	ROBO	1	14/03/2011	1	CONMUTACIÓN
253	2010	MASCULINO	ROBO	1	13/09/2011	1	COMPURGANDO
112	2009	MASCULINO	ROBO	1	23/04/2010	1	CONMUTACIÓN
109	2009	MASCULINO	ATENTADOS AL PUDOR	2	20/09/2010	1	CONMUTACIÓN
108	2009	MASCULINO	AMENAZAS	1	20/10/2009	1	CONMUTACIÓN
107	2009	MASCULINO	ROBO	1	29/03/2011	1	COMPURGÓ
280	2009	MASCULINO	ROBO	1	11/03/2010	1	COMPURGÓ
264	2009	MASCULINO	ABUSO DE CONFIANZA	2		3	CONCILIACION
152	2010	MASCULINO	ROBO CALIFICADO	1	12/08/2010	1	CONMUTACIÓN
153	2010	MASCULINO	ABANDONO DE FAMILIARES	2	20/01/2011	1	CONMUTACIÓN
154	2010	MASCULINO	LESIONES Y ROBO	1	15/08/2010	1	CONMUTACIÓN
156	2010	MASCULINO	LESIONES Y DAÑO EN PROPIEDAD AJENA	2	04/02/2011	1	CONMUTACIÓN
157	2010	MASCULINO	ATENTADOS AL PUDOR	2	25/10/2010	1	CONMUTACIÓN
161	2010	MASCULINO	LESIONES	1	25/02/2011	1	CONMUTACIÓN
164	2010	MASCULINO	LESIONES	1	11/11/2010	2	CAUSA EJECUTORIA
166	2010	MASCULINO	LESIONES	2	16/03/2011	1	CONMUTACIÓN
183	2010	MASCULINO	ABANDONO DE FAMILIARES	2		3	SOBRESEIMIENTO
184	2010	MASCULINO	ROBO	1	28/04/2011	1	CONMUTACIÓN
261	2008	MASCULINO	ROBO	2	05/02/2009	1	CONMUTACIÓN
260	2008	MASCULINO	ESTADO DE EBRIEDAD Y DAÑO EN PROPIEDAD AJENA	2	26/01/2009	1	CONMUTACIÓN

259	2008	MASCULINO	LESIONES Y ENCUBRIMIENTO	2	11/06/2009	2	SE CONFIRMA
258	2008	MASCULINO	ROBO	2	02/04/2009	1	CONMUTACIÓN
256	2008	MASCULINO	ARMAS PROHIBIDAS	2	20/11/2008	1	CONMUTACIÓN
251	2008	MASCULINO	COHECHO	1	26/11/2008	1	CONMUTACIÓN
250	2008	MASCULINO	AMENAZAS Y ROBO	1	26/01/2009	1	COMPURGÓ
248	2008	MASCULINO	LESIONES	1	19/11/2008	1	CONMUTACIÓN
246	2008	MASCULINO	ROBO	1	27/04/2009	1	COMPURGÓ
244	2008	MASCULINO	ROBO	1	30/01/2009	1	COMPURGÓ
458	2010	MASCULINO	ROBO	1	12/09/2011	1	CONMUTACIÓN
459	2010	MASCULINO	ESTADO DE EBRIEDAD	2	28/04/2011	1	CONMUTACIÓN
468	2010	MASCULINO	HOMICIDIO Y ESTADO DE EBRIEDAD	1	26/04/2011	1	CONMUTACIÓN
470	2010	MASCULINO	ESTADO DE EBRIEDAD Y DAÑO EN PROPIEDAD AJENA	1	02/05/2011	1	CONMUTACIÓN
472	2010	MASCULINO	DAÑO EN PROPIEDAD AJENA	1	12/09/2011	1	CONMUTACIÓN
474	2010	MASCULINO	LESIONES	1	19/09/2011	1	CONMUTACIÓN
72	2011	MASCULINO	ROBO	1	21/10/2011	1	CONMUTACIÓN
228	2011	MASCULINO	LESIONES	1	12/10/2011	1	CONMUTACIÓN
119	2007	MASCULINO	LESIONES	1	03/04/2008	1	CONMUTACIÓN
118	2007	MASCULINO	LESIONES Y AMENAZAS	2	28/09/2007	1	COMPURGÓ
112	2007	MASCULINO	ROBO	1	10/12/2007	1	CONMUTACIÓN
100	2007	MASCULINO	ESTADO DE EBRIEDAD Y DAÑO EN PROPIEDAD AJENA	2	14/06/2007	1	CONMUTACIÓN
98	2007	MASCULINO	ATENTADOS AL PUDOR	2	18/09/2007	1	CONMUTACIÓN
404	2008	MASCULINO	ROBO	1	22/06/2009	1	COMPURGANDO
400	2008	MASCULINO	ARMAS PROHIBIDAS	1	15/05/2009	1	CONMUTACIÓN
399	2008	MASCULINO	ROBO	1	22/06/2009	1	COMPURGÓ
393	2008	MASCULINO	ROBO	1	15/05/2009	1	CONMUTACIÓN
391	2008	MASCULINO	ROBO	1	23/08/2011	1	CONMUTACIÓN
389	2008	MASCULINO	ROBO	1	15/05/2009	1	CONMUTACIÓN
388	2008	MASCULINO	ROBO	1	14/05/2009	1	CONMUTACIÓN
386	2008	FEMENINO	ROBO	1	04/06/2009	1	CONMUTACIÓN
38	2008	MASCULINO	HOMICIDIO	1	12/07/2011	1	SE MODIFICA
31	2009	MASCULINO	ROBO	1	02/07/2009	1	COMPURGÓ
28	2009	MASCULINO	AMENAZAS	2	04/09/2009	1	CONMUTACIÓN
24	2009	MASCULINO	ROBO	1	09/02/2010	1	SE CONFIRMA
22	2009	MASCULINO	ESTUPRO	1	24/03/2010	1	SE CONFIRMA

++ Estadística de elaboración propia, con 100 expedientes terminados tomados de forma aleatoria, del Juzgado Penal de Bucerías, municipio de Bahía de Banderas, en diciembre de 2011.

Los datos que arroja el estudio son los siguientes:

- (i)** En primer término de los **100** procesados, el **67%** quedaron en **prisión preventiva**;
- (ii)** El **32%** obtuvieron el beneficio de la **libertad provisional bajo caución**; y
- (iii)** El **1%** de sujetos a proceso por pena alternativa.

Es decir, los datos arrojados por el estudio de campo, arrojan un porcentaje aún mayor de procesados en prisión preventiva, que es el dato estadístico con el que se cuenta.

Ahora, no obstante dicho porcentaje del **67%** en prisión preventiva, se obtiene que:

- (i)** Sí obtuvieron el beneficio de la **conmutación de sanción** (es decir, no tuvieron sentencia por cárcel efectiva, sino sustitutiva por un 10% del salario mínimo por cada día de cárcel),¹⁷⁶ un **67%** también de dichos procesados;
- (ii)** Un **19%** fueron los únicos que sí se quedaron compurgando con **cárcel efectiva** (pena mayor a cinco años o delincuente habitual);
- (iii)** Un **9%** de imputados terminaron sus procesos por **conciliación**; y
- (iv)** Un **5%** fueron **sentencias absolutorias**.

Las anteriores cifras revelan por sí solas, lo desproporcionado del uso de la prisión preventiva en el caso de dicho juzgado, y que de acuerdo a las cifras estadísticas, tienen datos similares todos los juzgados penales del fuero común del Estado de Nayarit; por tanto, la pregunta de trabajo para sacar conclusiones se formularía en los siguientes términos: **Si al final de cuentas dichos procesados, un 67% no obtendrían sentencia con cárcel efectiva, ¿no sería entonces razonable que solamente, más o menos, el 33% se quedara en prisión preventiva.**

¹⁷⁶ De acuerdo a los requisitos de los artículos 85 y 86 del Código Penal de Nayarit (sistema tradicional).

Dichas cifras están muy por encima –por ejemplo- de las reportadas con la entrada en vigor del sistema acusatorio en Chile, que en los años 2004 a 2007 tuvo variaciones que iban desde el 30% hasta el 12% de imputados formulados con prisión preventiva.¹⁷⁷

Y también por encima de las reportadas por Honduras en el año 2008, también con el sistema acusatorio, que fue del 39% de los imputados formalizados, aunque se apuntó que unos juzgados presentaron porcentajes hasta del 70% y otros en cambio hasta del 8%.¹⁷⁸

La prisión preventiva, como se advierte de las cifras reportadas, se sigue percibiendo como un castigo adelantado, lo que vulnera la presunción de inocencia, además, del propio catálogo de delitos graves, se advierte que hay delitos que ya impuesta la sentencia, le corresponderían penas menores, lo que especialistas como Guillermo Zepeda Lecuona, ha cuestionado como uno de los tratamientos negativos de la prisión preventiva, al señalar que el 70% de las sentencias penales en nuestro país son por penas menores a 3 tres años.¹⁷⁹

4.2.2. Otra variable, tiempo que duran los procesos.

Siguiendo con lo arrojado por el estudio en el Juzgado Penal de Bucerías, *-que se afirma-* es muestra representativa para todo el estado, tenemos el dato sobre el **tiempo que duran los procesos**, desde el dictado del auto de formal prisión, hasta obtenerse una sentencia, o resolverse por salida alterna, ello nos servirá para comparar las cifras, para saber cuánto tiempo se deja a una persona en prisión preventiva, ya que tal variable refleja una de las aristas de la presunción de inocencia, el que se imparta justicia en plazos razonables. A continuación se muestra la tabla correspondiente:

¹⁷⁷ RIEGO, Cristian, DUCE, Mauricio, *"Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas"*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA, Santiago, Chile, 2008, p. 205-209.

¹⁷⁸ Obra citada, p. 431-435.

¹⁷⁹ ZEPEDA Lecuona, Guillermo, *"El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México"*, Consulta en línea <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-516s.pdf> (12-oct-2011).

4.2.2.1. Tabla relativa al tiempo que duran los procesos.

*Medida Cautelar: 1) Prisión preventiva. 2) Caucción. 3) Sujeción a proceso.

**Causa: 1) Sentencia condenatoria. 2) Absolutoria. 3) Medida Alterna.

Exp.	Año	Delito	*	Sentencia	Fecha AFP	Tiempo	Baja	**
84	2011	ABANDONO DE FAMILIARES	2		11/05/2011	4m. 29d.	10/10/2011	3
141	2011	LESIONES	2		14/04/2011	9m. 11d.	26/08/2011	3
134	2011	DAÑO EN PROPIEDAD AJENA	3	07/07/2011	15/08/2011	4m. 8d.	15/08/2011	2
144	2011	ESTADO DE EBRIEDAD Y	2	26/09/2011	15/04/2011	6m. 2 d	17/10/2011	1
		DAÑO EN PROPIEDAD AJENA						
278	2011	ROBO	1	31/10/2011	19/07/2011	3m. 29d	18/11/2011	1
36	2011	ROBO	1	17/10/2011	08/02/2011	8m. 29d	07/11/2011	1
436	2010	LESIONES	2	14/10/2011	21/06/2011	4m.7d	28/10/2011	1
233	2010	LESIONES	2	02/03/2011	16/07/2010	9m.10d	26/04/2011	1
128	2011	ROBO	2	19/09/2011	06/04/2011	6m.19d	25/10/2011	1
216	2011	LESIONES	2		06/06/2011	4m.19d	25/10/2011	3
397	2009	ROBO	1	28/06/2010	19/12/2009	1a.6m.26d	15/07/2011	1
243	2010	LESIONES	1	09/12/2010	20/07/2010	5m.2d.	22/12/2010	1
226	2011	ROBO	1	23/09/2011	14/06/2011	4m.3d.	17/10/2011	1
105	2008	ROBO	1	09/06/2009	30/08/2008	2a6m.21d.	21/10/2010	1
221	2009	ROBO	1	24/02/2010	20/07/2009	9m.29d.	19/05/2010	1
324	2009	LESIONES	2	24/03/2011	22/10/2009	1a.11m.21d	13/10/2011	1
291	2008	ROBO	1	09/03/2009	30/08/2008	2a.2m.9d	09/11/2010	1
70	2010	FRAUDE	2	11/05/2011	11/05/2010	1a.5m.29d	10/11/2011	2
104	2010	DESB. Y RESIST.	2	03/05/2011	20/03/2010	1a.2m.16d	06/06/2011	1
		DE PARTICULARES Y						
		ESTADO DE EBRIEDAD						
204	2010	ABANDONO DE PERSONAS	1	18/03/2011	14/08/2010	1a.2m.12d.	26/10/2011	1
28	2010	ATENTADOS AL PUDOR	1	03/02/2011	26/01/2010	1a.29d.	25/02/2011	1
268	2010	ROBO	1	02/12/2010	13/09/2010	9m.5d.	18/05/2011	1
83	2010	DESOB. Y RESIST.	1	13/07/2010	08/03/2010	11m	08/02/2011	1
		DE PARTICULARES Y						
		ALLANAMIENTO DE MORADA						
95	2011	AMENAZAS	1		11/08/2011	18d.	29/08/2011	3
271	2010	ROBO	1	17/08/2011	18/08/2010	1a. 1m. 5d.	23/09/2011	1
		ROBO	1	17/08/2011			23/09/2011	1
409	2010	ROBO	1	11/08/2011	23/11/2010	9m. 20d.	13/09/2011	2
210	2010	ALLANAMIENTO DE MORADA,	2	13/05/2011	26/06/2010	3m. 14d.	10/10/2011	1
		LESION. Y ARMAS PROH.						
162	2010	ABANDONO DE FAMILIARES	2	03/02/2011	16/06/2010	1a. 2m. 20d.	06/09/2011	1
217	2009	DAÑO EN PROPIEDAD AJENA,	1	11/06/2011	27/07/2009	1a. 10m. 25d.	22/06/2011	1

		ESTADO DE EBRIEDAD Y						
		LESIONES						
109	2010	HOMICIDIO. LESIONES. DAÑO	2	28/09/2010	22/03/2010	1a. 3m. 1d.	23/06/2011	1
		EN PROPIEDAD AJENA Y						
		DELITO DE TRANSITO						
133	2011	ROBO	2	02/09/2011	09/04/2011	4m. 27d.	06/09/2011	1
		ROBO	2	02/09/2011			06/09/2011	1
243	2009	ROBO	1	24/10/2011	07/10/2009	2a. 1m.	07/11/2011	1
185	2009	LESIONES	1	18/08/2011	06/07/2009	2a. 3m. 12d.	18/10/2011	1
20	2011	ROBO	1	03/08/2011	28/01/2011	9m. 28d.	26/10/2011	1
164	2011	ROBO	1	11/10/2011	29/04/2011	6m. 4d.	03/11/2011	1
62	2011	ROBO	1	03/08/2011	25/02/2011	6m. 24d.	19/08/2011	2
24	2010	ROBO	1		26/05/2011	1a. 8m. 5d	31/01/2011	3
107	2011	HOMICIDIO Y LESIONES	1	07/09/2011	23/03/2011	6m. 11d.	04/10/2011	1
219	2009	ROBO	1	05/02/2010	28/07/2009	1a. 6m.	28/01/2011	1
170	2011	ROBO	1	30/09/2011	02/05/2011	5m. 22d	24/10/2011	1
370	2010	ROBO	1	11/05/2011	28/10/2010	11m. 13d.	11/10/2011	1
16	2009	ABANDONO DE FAMILIARES	1	17/08/2011	25/05/2010	1a. 3m. 28d.	23/09/2011	1
105	2003	VIOLACION	1	11/02/2009	14/04/2007	3a. 2m. 2d.	16/06/2010	1
219	2008	ROBO	1	20/02/2009	04/07/2008	1a.6m.26d	26/01/2010	1
224	2011	ABANDONO DE FAMILIARES	1		23/08/2011	1m.17d	10/10/2011	3
100	2010	LESIONES	1		28/05/2010	1a.8m.5d.	31/01/2009	3
297	2010	ROBO	1	14/03/2011	06/09/2010	6m.24d.	30/03/2011	1
253	2010	ROBO	1	13/09/2011	31/07/2010	3m.11d	11/11/2011	1
112	2009	ROBO	1	23/04/2010	04/05/2009	1a. 1m. 21d.	25/06/2010	1
109	2009	ATENTADOS AL PUDOR	2	20/09/2010	02/05/2009	1a.9m.15d	17/02/2011	1
108	2009	AMENAZAS	1	20/10/2009	30/04/2009	6m.5d	05/11/2009	1
107	2009	ROBO	1	29/03/2011	01/05/2009	1a.11m.27d.	28/04/2011	1
280	2009	ROBO	1	11/03/2010	18/09/2009	8m.9d.	27/05/2010	1
264	2009	ABUSO DE CONFIANZA	2		28/07/2010	2m.28d	26/10/2010	3
152	2010	ROBO CALIFICADO	1	12/08/2010	11/05/2010	3m.15d	26/08/2010	1
153	2010	ABANDONO DE FAMILIARES	2	20/01/2011	21/06/2010	1a.2d	23/06/2011	1
154	2010	LESIONES Y ROBO	1	15/08/2010	12/05/2010	3m.18d	30/08/2010	1
156	2010	LESIONES Y DAÑO EN	2	04/02/2011	15/05/2010	10m.15d	30/03/2011	1
		PROPIEDAD AJENA						
157	2010	ATENTADOS AL PUDOR	2	25/10/2010	16/05/2010	7m.1d	17/12/2010	1
161	2010	LESIONES	1	25/02/2011	23/05/2010	9m.17d	10/03/2011	1
164	2010	LESIONES	1	11/11/2010	11/06/2010	5m.19d	30/11/2010	2
166	2010	LESIONES	2	16/03/2011	28/06/2010	9m.4d.	01/04/2011	1
183	2010	ABANDONO DE FAMILIARES	2		29/08/2010	6m.21d.	20/01/2011	3
184	2010	ROBO	1	28/04/2011	07/06/2020	11m.20d	27/05/2011	1

261	2008	ROBO	2	05/02/2009	30/07/2008	6m.23d	23/02/2009	1
260	2008	ESTADO DE EBRIEDAD Y	2	26/01/2009	29/07/2008	6m.20d	19/02/2009	1
		DAÑO EN PROPIEDAD AJENA						
259	2008	LESIONES Y ENCUBRIMIENTO	2	11/06/2009	28/07/2008	1a.8m.8d	06/04/2010	2
258	2008	ROBO	2	02/04/2009	28/07/2008	9m.16d.	14/05/2008	1
256	2008	ARMAS PROHIBIDAS	2	20/11/2008	27/07/2008	5m.18d	15/01/2009	1
251	2008	COHECHO	1	26/11/2008	23/07/2008	5m.22d	15/01/2009	1
250	2008	AMENAZAS Y ROBO	1	26/01/2009	23/07/2008	6m.23d	16/02/2009	1
248	2008	LESIONES	1	19/11/2008	21/07/2008	4m.13d	04/12/2008	1
246	2008	ROBO	1	27/04/2009	20/07/2008	11m.9d	29/06/2009	1
244	2008	ROBO	1	30/01/2009	20/07/2008	7m.22d	12/03/2009	1
458	2010	ROBO	1	12/09/2011	20/12/2010	9m.156m.21d.d.	05/10/2011	1
459	2010	ESTADO DE EBRIEDAD	2	28/04/2011	17/12/2010	6m.21d.	08/07/2011	1
468	2010	HOMICIDIO Y ESTADO DE	1	26/04/2011	26/12/2010	4m.10d.	06/05/2011	1
		EBRIEDAD						
470	2010	ESTADO DE EBRIEDAD Y	1	02/05/2011	27/12/2010	4m.28d	25/05/2011	1
		DAÑO EN PROPIEDAD AJENA						
472	2010	DAÑO EN PROPIEDAD AJENA	1	12/09/2011	20/12/2010	8m.27d	27/09/2011	1
474	2010	LESIONES	1	19/09/2011	04/01/2010	1a.9m.9d	13/10/2011	1
72	2011	ROBO	1	21/10/2011	21/04/2011	7m.8d	29/11/2011	1
228	2011	LESIONES	1	12/10/2011	14/06/2011	5m.24d	08/12/2011	1
119	2007	LESIONES	1	03/04/2008	08/07/2007	9m.13d	21/04/2008	1
118	2007	LESIONES Y AMENAZAS	2	28/09/2007	05/04/2007	6m.7d	12/10/2007	1
112	2007	ROBO	1	10/12/2007	30/03/2007	7m.19d	19/12/2007	1
100	2007	ESTADO DE EBRIEDAD Y	2	14/06/2007	24/03/2007	4m.6d.	30/07/2007	1
		DAÑO EN PROPIEDAD AJENA						
98	2007	ATENTADOS AL PUDOR	2	18/09/2007	26/04/2007	5m.14d	10/10/2007	1
404	2008	ROBO	1	22/06/2009	20/03/2009	5m.13d	03/09/2009	1
400	2008	ARMAS PROHIBIDAS	1	15/05/2009	12/12/2008	10m.24d	06/11/2009	1
399	2008	ROBO	1	22/06/2009	12/12/2008	9m.23d	05/10/2009	1
393	2008	ROBO	1	15/05/2009	09/12/2008	7m.27d.	06/08/2009	1
391	2008	ROBO	1	23/06/2011	12/07/2010	11m.22d.	04/07/2011	1
389	2008	ROBO	1	15/05/2009	30/11/2008	6m.1d.	01/06/2009	1
388	2008	ROBO	1	14/05/2009	29/11/2008	6m.23d	22/06/2009	1
386	2008	ROBO	1	04/06/2009	27/11/2008	6m.25d	22/06/2009	1
38	2008	HOMICIDIO	1	12/07/2011	27/11/2008	1a.4m.2d.	29/11/2011	1
31	2009	ROBO	1	02/07/2009	10/02/2009	7m.22d.	02/10/2009	1
28	2009	AMENAZAS	2	04/09/2009	05/02/2009	7m.19d	24/09/2009	1
24	2009	ROBO	1	09/02/2010	26/01/2009	5m.11d	07/07/2010	1
22	2009	ESTUPRO	1	24/03/2010	10/02/2009	1a.9m	10/11/2010	1

++De elaboración propia con 100 expedientes terminados en Juzgado Penal de Bucelras, de forma aleatoria.

Los resultados arrojados por dicho estudio son, primero **(i)** se obtuvo que el promedio de **tiempo que duran los procesos cuando los imputados se encuentran en prisión preventiva** es aproximadamente de **11 meses (11.23)**; mientras que, **(ii)** cuando los procesados se encuentran en libertad provisional bajo caución fue de aproximadamente **9 meses (9.03)**. Cifras que se hace necesario compararlas para verificar si son tiempos razonables o no.

4.2.2.2. Cifras (comparativas) de la Open Society Justice Initiative.

La organización no gubernamental denominada "Open Society Justice Initiative" por sus siglas OSJI, en los múltiples estudios que ha financiado,¹⁸⁰ aporta información en cuanto a los porcentajes de presos sin condena, algunos datos son los siguientes: Presenta que **(i)** en el transcurso de un sólo año, casi diez millones de personas estarán en prisión preventiva; que **(ii) uno de cada tres detenidos** está esperando su juicio y no ha sido condenado del delito del cual se le acusa; en algunos países, **(iii)** más de tres cuartas partes de todos los prisioneros están en prisión preventiva. Entre ellos destacan Liberia (un 97 por ciento), Mali (un 89 por ciento), Haití (un 84 por ciento), Andorra (un 77 por ciento), Nigeria (casi un 76 por ciento) y Bolivia (un 75 por ciento); y finalmente, presenta cifras de que **(iv) el tiempo promedio de prisión preventiva en la Unión Europea es de 167 días**. En Nigeria, se estima que el tiempo promedio es de **3.7 años**.¹⁸¹

Según los estudios de Guillermo Zepeda Lecuona, sobre los costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México,¹⁸² en el país están en prisión preventiva más de 92 mil personas, de las cuales 7 de cada 10 no representan

¹⁸⁰ Consulta en línea <http://www.presunciondeinocencia.org.mx/> (junio-2011)

¹⁸¹ Consulta en línea en: http://www.soros.org/initiatives/justice/focus/criminal_justice/articles_publications/publications/pretrialjustice_20090903/z-global-campaign-flyer-spanish-20090903.pdf (junio-2011).

¹⁸² ZEPEDA, Lecuona Guillermo, "¿Cuánto nos cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México", Open Society Justice Initiative OSJI, México, 2010, pp. 69-70.

peligro para la sociedad y podrían seguir su proceso penal en libertad; precisando además que de 1991 a la fecha el número de personas en prisión previa al juicio se ha duplicado, mientras que los índices de incidencia delictiva han incrementado, es decir, la relación no ha sido inversamente proporcional.

4.2.2.3. Algunas conclusiones en cuanto a las cifras.

Además de las reflexiones que ya por su propio peso resultan de las cifras arrojadas por el muestreo realizado, ya en la comparativa se obtiene que:

(i) Las cifras coinciden una y otra en cuanto a los índices de procesados en prisión preventiva, que están en los niveles que van del 60 al 75%, como también la de presos sin condena con respecto a la población carcelaria en general; además;

(ii) con respecto al tiempo que esperan los presos en recibir su condena, las arrojadas por el muestreo (**9 meses**) si las comparamos con la Unión Europea es muy excesiva, pues están en los niveles de **167 días**, por lo que un país como México (y una entidad como Nayarit) que aspira a consolidar un estado de derecho democrático, tiene que buscar llegar a dichos niveles.

4.3. Percepción en los operadores del sistema penal.

4.3.1. No siempre lo que parece es.

En los fenómenos de criminalidad, y en las variables de política criminal, no siempre lo real (objetivo) coincide con la percepción (subjetivo) por lo que en cifras se pudiera documentar como altas índices de uso de la prisión preventiva, y en cambio en percepción pudiera tenerse incluso como que el sistema deja a muchos procesados en libertad provisional, por ello es necesario atender el tema de la percepción.

Empíricamente, y haciendo un simple estudio de las propuestas de los grupos parlamentarios y partidos políticos aquí en Nayarit, prevalece la percepción que es

necesario aumentar los delitos inexcusables, cada cuando se presenta mediáticamente como un logro “cárcel sin derecho a fianza” por tal o cual delito; por ello, para objetivar lo pretendido, nos enfocaremos solamente a la percepción entre los actores del sistema penal.

4.3.2. Estudio de campo.

En específico, del estudio de campo que a continuación se presentará, tenemos que los operadores del sistema de justicia local, si bien ya no conciben –en abstracto- a la prisión preventiva como castigo, siguen viéndolo un gran porcentaje como una consecuencia del proceso, por ello es que no se genera debate al momento de decidirse si se otorga o no la libertad provisional bajo caución, que es la otra medida cautelar normatizada actualmente, sino que se limita a fijar su cantidad y modalidad dependiendo de si está o no la hipótesis en el catálogo de delitos graves, los fiscales por ello no le proporcionan información al tribunal, para justificar la necesidad de la prisión preventiva, y tampoco la defensa se prepara con información al respecto, lo dejan para instancias posteriores, tal como se advierte de la información empírica recabada por el autor como juez de primera instancia, así como de las encuestas siguientes:

Se practicó una encuesta a **100** operadores del sistema de justicia penal en el Estado de Nayarit, mediante cuestionarios entregados en los juzgados penales del fuero común en la entidad, entre servidores judiciales, ministerios públicos, peritos, defensores públicos y privados, así como académicos; las preguntas y opciones de respuesta fueron las siguientes:

Encuesta a 100 operadores del sistema penal en Nayarit.

1. Asocia a la prisión preventiva cómo...?

- a. Castigo.
- b. Medida Cautelar.
- c. Consecuencia del proceso (captura o formal prisión).

2. ¿En los procesos penales, generalmente, qué se toma en cuenta para decidir sobre la prisión preventiva?

- a. El peligro de fuga y la obstaculización de la investigación.
 - b. La gravedad del hecho.
 - c. Si es o no delito grave de acuerdo a la ley.
3. ¿Qué información personal del imputado tiene el juez al decidir sobre la prisión preventiva o libertad provisional bajo caución?
- a. Las generales del imputado.
 - b. Las generales, sus antecedentes penales.
 - c. Generales, antecedentes, informes sobre arraigo comunitario o informes ya recabados por las partes.
4. ¿Existe debate o se abre incidencia cuando se decide por el juez en el término constitucional si dejar o no al imputado en prisión preventiva?
- a. Nunca
 - b. Siempre
 - c. A veces
5. Consideras que se abusa de la prisión preventiva en Nayarit, que se utiliza de manera razonable, o que debería ser más alto el porcentaje de procesados en prisión.
- a. Se abusa.
 - b. Es razonable.
 - c. Deben ser más los procesados en prisión preventiva.

++Practicada en juzgados penales de Nayarit, entre noviembre de 2011 a enero de 2012.

4.3.3. Datos arrojados.

Las respuestas fueron muy contundentes, **a la primera**, si bien ya el **72%** de los encuestados contestó que asocia a la prisión preventiva como una **medida cautelar**, el **25%** sigue considerándole como una **consecuencia del proceso**, y solamente un **3%** como un **castigo**, lo que indica que entre los operadores del sistema penal ya empieza a permear tal concepto de forma correcta; sin embargo, del restante de las respuestas se advierte que no se encuentra bien concebida en su naturaleza.

A la **segunda** pregunta el **57%** de los encuestados contestó que para decidir sobre la prisión preventiva sólo se toma en cuenta la **gravedad o no del delito** de acuerdo al catálogo, el **30%** señaló que se toma en cuenta la **gravedad del hecho**, y sólo el **13%** contestó que se valora el **peligro de fuga y la obstaculización de la investigación**.

En la **tercera** interrogante, el **46%** señaló que el juez para decidir sobre la prisión preventiva o la libertad provisional bajo caución, tiene como información las **generales del imputado y sus antecedentes**, el **35%** señaló que **además los informes de arraigo comunitario y otros informes** recabados por las partes, y el **19%** contestó que **solamente las generales de los imputados**.

Respecto del **cuarto** cuestionamiento, en cuanto a si existe debate o no cuando decide el juez si otorgar o no el beneficio de la libertad provisional bajo caución, el **49%** de los encuestados dijeron que nunca existe debate al respecto, el **31%** contestó que **a veces**, y solamente el **20%** contestó que **siempre** existe debate o se abre incidencia.

Por último, a la **quinta** pregunta, el **45%** de los encuestados contestaron que **se abusa** de la prisión preventiva, el **40%** señaló que es razonable, y el **15%** refirió que deben ser más los procesados en prisión preventiva.

De las anteriores respuestas se colige, o se tendrían como conclusiones de trabajo:

- (i) Que predomina el tratamiento de la prisión preventiva únicamente por el catálogo de delitos graves;
- (ii) Que mayormente no se abre debate al respecto, porque el juez la dicta de forma unilateral únicamente tomando en cuenta las generales del imputado y sus antecedentes penales;
- (iii) Por lo que casi la mitad de los operadores judiciales consideran necesario que se racionalice su uso, pero
- (iv) Todavía existe un 15% que considera que debe imponerse más dicha medida cautelar.

Datos que sin duda, nos indican que es necesario trabajar *-larga, constante y urgentemente-* en promover una cultura de respeto a la presunción de inocencia, porque si se arroja tal percepción entre los operadores del sistema de justicia

penal *-quienes conocemos de leyes, de reformas y del principio de presunción de inocencia como derecho fundamental-* es como entendemos que entre los diversos actores (políticos, comunicadores, líderes sociales) y en la sociedad en general, esté bien arraigado el populismo penal asociado con las políticas de seguridad.

CAPÍTULO 5. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN, A LA LUZ DE EXPERIENCIAS DE APLICACIÓN CONCRETA.

5.1. Nuevas reglas y criterios objetivos.

5.1.1. Planteamiento general.

Recapitulando, no obstante los requisitos legales ya fijados, y al contenido mismo de la reforma constitucional de 2008, en particular del artículo 19 Constitucional, en cuanto a que si bien concibe a la prisión preventiva como medida cautelar, la última a utilizarse, al fijar también un catálogo muy amplio de delitos “inexcarcelables”, ello, por sí, provocaría criterios automáticos que no incentivan el debate; dichas normas locales de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, a la luz de los tratados internacionales, deben interpretarse como un referente, pero que implican que caso por caso, se analice el peligro de fuga, la obstaculización de la investigación, y el riesgo para las víctimas.

Aquí expondré con base en mi análisis técnico del estado normativo de la “prisión preventiva” sus alcances y limitaciones. Primero implica el fortalecimiento del paradigma de que la presunción de inocencia impide que, en principio, se aplique afectación alguna de la libertad del imputado. Si es que quien promueve la acción penal considera necesaria la aplicación de una medida cautelar deberá solicitarla y justificarla. Esta petición y su fundamento serán objeto de un debate, este, a su vez debe suponer las siguientes condiciones:¹⁸³

5.1.2. Condiciones para el debate en cuanto a la medida cautelar a imponer.

¹⁸³ Véase Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal 2011, del Centro de Justicia de las Américas CEJA, presencial en Santiago, Chile, en mayo de 2011, y mediante plataforma: <http://www.cejacampus.org> (Junio-2011)

(i) Que haya un procedimiento que garantice condiciones mínimas de juego justo: En lo fundamental, se requiere un diseño institucional que genere un espacio de debate que reúna las condiciones elementales de oralidad, publicidad, concentración, intermediación, oportunidad para el ejercicio de la defensa, que constituyen los elementos fundamentales del debido proceso.

(ii) Que el juez tenga facultades suficientes para ejercer un control sobre la solicitud de prisión preventiva. Pareciere bastante obvio que si se quiere que el juez controle garantías -como se fijó en el artículo 16 Constitucional en la reforma de junio de 2008- ese juez deberá contar con las facultades necesarias para ello, que pueda resolver acerca de la aplicación o no de la prisión preventiva en un determinado caso.

(iii) Que el imputado tenga acceso a los medios de defensa apropiados. Además de la defensa técnica, que el imputado pueda participar en la discusión que ha de producirse.

(iv) Seriedad de los cargos y la necesidad de cautela. La discusión acerca de la posible aplicación de una prisión preventiva representa un conflicto muy radical entre dos valores muy importantes para el sistema de justicia penal, uno, la presunción de inocencia, otro, el valor de que el estado tenga la efectiva posibilidad de juzgar al imputado y de que este juzgamiento no se frustre. Por ello, el debate deberá contener los siguientes componentes específicos:

(iv.i) Formulación de los cargos. La condición elemental de un debate de prisión preventiva es la existencia de cargos contra una persona, es decir el promotor de la acción debe indicar con claridad cuáles son los hechos que imputa porque todo el resto del debate solo se podrá realizar adecuadamente si es que existe claridad acerca de esto.

(iv.ii) Seriedad de los cargos. Pero además de que los cargos sean formulados claramente requerirá que quien solicite la prisión preventiva alegue la existencia de algunos antecedentes probatorios que otorguen una cierta plausibilidad a los cargos que se formulan. Esta exigencia es lo que en doctrina procesal suele denominarse el "supuesto material", es decir, la necesidad que tiene el Ministerio

Público de mostrarle a los jueces que tiene un caso que permita proyectar la seriedad de su petición; la base en dicho aspecto la aporta el artículo 19 Constitucional, que en su párrafo respectivo establece: *"...un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión."*

(iv.iii) Necesidad de cautela. La existencia de razones concretas y poderosas que hacen necesaria la prisión preventiva para asegurar un fin específico del procedimiento, lo que en el citado artículo 19 Constitucional se estableció como supuestos de necesidad de cautela *"...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..."*.

(iv.iv) Tiempo. El dilema entre valores que enfrenta el juez al debatir la medida cautelar, está estrechamente vinculado al tiempo que transcurra entre el momento en que se formulan los cargos y la conclusión del juicio en el que se decida la absolución o condena del imputado. Por ejemplo, es menos difícil para el juez decretar la prisión preventiva si es que el juicio se desarrollará en dos meses que si éste tendrá lugar en un periodo indeterminado que bien puede resultar en varios años. Asimismo los riesgos de que el juicio se frustre son menores en la medida en que éste se lleve a efecto de manera rápida.

(iv.v) Posibilidad de una medida menos gravosa. La reforma también incluyó la posibilidad de que con el fin de satisfacer las necesidades cautelares, los jueces puedan adoptar medidas menos gravosas para el imputado que la prisión preventiva. De este modo es posible que en algunos casos sea posible precaver la fuga del imputado dictando, por ejemplo, en su contra una medida que le impida salir del país, o que lo obligue a someterse a alguna verificación periódica de su presencia en el lugar del juicio. Tratándose de la protección de la víctima.

(v) **Carácter concreto del debate sobre prisión preventiva.** Significa que en cada caso se ponderen pormenorizadamente los hechos y los argumentos que son relevantes, se requiere que se tome una decisión que resuelva de la mejor manera posible el problema específico que el juez enfrenta en ese caso en particular. En sentido opuesto a lo planteado, sería que la decisión sobre la prisión preventiva se pudiera tomar abstractamente, esto es, sobre la base de la aplicación de criterios que definan categorías de casos, sea de delitos, de personas, de situaciones, sobre la base de las cuales se aplica o no, de manera general, la medida. Este tipo de aproximación abstracta se puede hacer por medio de la ley, como cuando se determinan delitos de prisión oficiosa –artículo 19 Constitucional- pero también se puede aplicar por medio de una práctica judicial, la que ocurre precisamente cuando el debate sobre la aplicación de la prisión preventiva no es adecuado.

La información se la pueden procurar las partes, o también en sistemas procesales más experimentados en la discusión concreta de las medidas cautelares existen sistemas especialmente diseñados para producir información útil para la decisión acerca de medidas cautelares.¹⁸⁴ Normalmente esto se hace por medio de un servicio que opera en etapas muy tempranas del proceso y que genera información útil para el juez, lo común es que ese servicio sirva además para

¹⁸⁴ En la iniciativa de Código de Procedimientos Penales de corte acusatorio presentada por el Ejecutivo Estatal de Nayarit el 12 de octubre de 2012,, se establece un modelo de unidad de medidas cautelares dentro del gobierno (ente público) al plantear en el artículo 243 lo siguiente: *"... **Auxilio para la imposición de medidas cautelares.** La supervisión y la ejecución de medidas cautelares corresponderá al juez que determine la Ley de la materia. Para decidir sobre la necesidad de la imposición o revisión de las medidas cautelares, el juez o tribunal solicitará a la autoridad competente para medidas cautelares y salidas alternas, la información necesaria para ello. Para tal efecto, la autoridad competente para medidas cautelares y salidas alternas, contará con una base de datos para dar seguimiento al cumplimiento de las medidas cautelares, la cual deberá ser consultada por el ministerio público y la autoridad judicial antes de solicitar y conceder alguna de ellas, respectivamente. El imputado o la defensa podrán obtener la información disponible de parte de la autoridad competente, cuando así lo solicite, previo a la audiencia para debatir la solicitud de medida cautelar..."*.

monitorear el cumplimiento de las medidas que se adopten cuando estas sean distintas al encierro del imputado.¹⁸⁵

5.1.3. Interpretación en concreto.

¿Cómo construimos un argumento para ir más allá del texto legal, e incluso, de la disposición constitucional citada?. La respuesta la encontramos en el contenido actual del artículo 1 de la Constitución General, que establece los principios *pro persona*, progresividad y efectividad de los derechos humanos, que subyacen incluso de tiempo atrás en instrumentos internacionales, que pondera el imperativo a todas las autoridades a tomar acciones y determinaciones efectivas, serias y consistentes para objetivar los derechos fundamentales “*donde quiera que se encuentren*”.

Es aquí donde surge el verdadero trabajo del juez,¹⁸⁶ dejar atrás el paradigma de la subsunción de la norma (códigos) al caso en concreto, porque ya lo decía Daniel E. Herrendorf¹⁸⁷ “*ontológicamente no es posible aplicar una norma, porque aplicar es adosar algo a otra cosa que se queda con eso aplicado ... y al ser la norma un concepto puro, y la conducta un hecho biográfico, mal puede la conducta llevarse consigo un concepto*”.

En la obra citada, el jurista argentino Herrendorf cuestionaba ya el papel de los jueces en México, señaló su renuencia a creer que en la cuna del amparo se tuviera jueces tan desvitalizados, ubica la razón en la *desconfianza en los jueces de provincia, en su tratamiento de “jueces inferiores” a quienes había que revisarles y corregirles sus sentencias mediante el amparo, medio de control que*

¹⁸⁵ CARRASCO Solís Javier y otros (coordinadores), “Programa de medidas cautelares. Experiencias para equilibrar presunción de inocencia y seguridad ciudadana”, primera edición, Open Society Justice Initiative OSJI, serie Prisión Preventiva, México, 2010, p. 13-14

¹⁸⁶ Del fiscal, del defensor, la triada básica en el sistema penal, en razón que parte de dicha reforma al artículo 1 de la CPPEUM está en rebasar el paradigma de la “obligatoriedad” de la jurisprudencia y las altas interpretaciones de la norma en los órganos jurisdiccionales, ahora el deber le resulta a toda autoridad.

¹⁸⁷ HERRENDORF, Daniel E., “*El poder de los jueces. Cómo piensan los jueces que piensan*”, 3ª. edición, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 15.

*entonces se convirtió en una deslealtad, nacida para detener a los jueces y no para fortalecerlos.*¹⁸⁸

La camisa de fuerza a los jueces ordinarios, y a cualquier autoridad, que impedía tomar en serio los derechos humanos, fue despojada también el día 13 de julio de 2011, cuando el Pleno de la SCJN en el cumplimiento al Caso *Rosendo Radilla vs. México*, determinó que los jueces del orden común debemos hacer control de convencionalidad; aún, para inaplicar disposiciones legales ordinarias que violen derechos humanos, o en su caso hacer interpretaciones conformes.

La tesis emanada de dicho cumplimiento, que por su importancia, es menester insertarla en su totalidad, es la siguiente:¹⁸⁹

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que

¹⁸⁸ Obra citada, p. 13.

¹⁸⁹ [TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 535 ; Registro: 160 589.

consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como si sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.

Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVII/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

Criterio que representa un verdadero referente, un antes y después, en nuestro sistema jurídico, mayormente en materia penal; el control de convencionalidad que de alguna manera allana el camino al sueño garantista de Ferrajoli, pues su construcción teórica se basa precisamente en *“la divergencia existente entre los ordenamientos complejos entre modelos normativos y prácticas operativas, interpretándola mediante la antinomia que subsiste entre validez de los primeros y efectividad de las segundas”*¹⁹⁰ como doctrina jurídica de legitimación y deslegitimación interna del derecho penal, que reclama de los juristas una constante tensión crítica hacia las leyes vigentes, crítica que no es externa, ni política ni metajurídica; sino interna, científica y jurídica, en el sentido de que *“asume como universo del discurso jurídico la totalidad del derecho positivo vigente, evidenciando sus antinomias en vez de ocultarlas”*¹⁹¹ erradicando las actitudes contemplativas frente al derecho positivo.

Con base en lo anterior, todo el esquema normativo citado en cuanto a la prisión preventiva, que gira alrededor de catálogos de delitos inexcusables, debe interpretarse primero a la luz de la multicitada reforma constitucional de 2008 en materia penal, que ya se dijo, introdujo los paradigmas de (i) presunción de inocencia, y (ii) que la prisión preventiva debe ser una medida cautelar a utilizarse cuando otras medidas menos invasivas o afectantes de derechos no sean efectivas; lo que obliga hacer un juicio de valor o ejercicio de ponderación en cada

¹⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *“Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”*, Obra citada, p. 852.

¹⁹¹ Obra citada, p. 853.

caso concreto, de la necesidad, o no, de dejar en prisión preventiva a una persona durante su juicio.

Siguiendo con los esquemas de interpretación, tenemos que la facultad y obligación de ajustar la norma local a los tratados internacionales, la establecen los artículos 26¹⁹² y 27¹⁹³ de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados; el 2.2¹⁹⁴ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto de Nueva York) el 1.1¹⁹⁵ y 2¹⁹⁶ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Luego, de conformidad con los artículos 9.1¹⁹⁷ y 14.2¹⁹⁸ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto de Nueva York) el 7¹⁹⁹ y 8.2²⁰⁰ de la

¹⁹² Artículo 26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

¹⁹³ Artículo 27. El derecho interno de los Estados, las reglas de las organizaciones internacionales y la observancia de los tratados. 1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado. 2. Una organización internacional parte en un tratado no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento del tratado. 3. Las normas enunciadas en los párrafos precedentes se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

¹⁹⁴ Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

¹⁹⁵ Artículo 1. Obligación de respetar los derechos. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹⁹⁶ Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹⁹⁷ Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

¹⁹⁸ Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

¹⁹⁹ Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que establecen los principios de presunción de inocencia, de debido proceso, proporcionalidad y de intervención mínima en las afectaciones de derechos de las personas sujetas a proceso penal; además, lo resuelto en el caso *Suarez Rosero Vs Ecuador*, sentencia de fondo de fecha 12 de noviembre de 1997 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que estableció como criterios legítimos para imponer la prisión preventiva únicamente la obstaculización de la justicia y el peligro de fuga,²⁰¹ derivando la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, toda vez que la prisión preventiva es una medida cautelar.

las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. ...

²⁰⁰ Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. ... 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

²⁰¹ (Párrafos 76-77) 76. La Corte pasa a analizar el alegato de la Comisión de que el proceso contra el señor Suárez Rosero violó el principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 8.2 de la Convención Americana. Dicho artículo dispone que "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad..." 77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva **la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.** Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.

5.1.4. Criterios de jurisprudencia en lo doméstico.

Ya en lo doméstico –hablando de México- es importante fijar los criterios emanados de los órganos facultados para emitir jurisprudencia, con la finalidad de continuar con la ruta seguida el cambio de paradigma en la interpretación de las normas, a partir del reconocimiento del control difuso de convencionalidad.

En México, el primer precedente jurisprudencial al respecto data incluso de fecha anterior a la reforma de junio de 2011, mismo que se cita por su importancia:²⁰²

PRISIÓN PREVENTIVA. SU REGULACIÓN EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos denominado Derecho a la libertad personal, se advierte la existencia y regulación de la prisión preventiva, pues dicho numeral establece que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas, además prevé que toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora ante un Juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, la cual tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, y precisa que la libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver de fondo el caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sostuvo que del artículo 8.2 de dicha convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, toda vez que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva; asimismo, estableció que el aludido concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, entre los que puede nombrarse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la imposición de la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no

²⁰² Registro No. 166872. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXX, Julio de 2009. Página: 2028. Tesis: XXII.1o.23 P. Tesis Aislada. Materia(s): Penal. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SEGUNDO CIRCUITO. Amparo en revisión 263/2008. 16 de abril de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: J. Guadalupe Tafoya Hernández. Secretario: Günther Demián Hernández Núñez.

debe ser la regla general, pues de lo contrario se cometería una injusticia al privar de la libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, y que ello sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual es contrario a los principios generales del derecho universalmente reconocidos.

En mi opinión es un precedente relevante, porque aún en los tiempos en que el Poder Judicial de la Federación se había mostrado un tanto conservador con el modelo de control difuso para los jueces, un Tribunal Colegiado aportó un criterio que *–reconociendo la vinculación con la norma convencional–* aporta variables para considerar a la prisión preventiva como medida cautelar, y sin decirlo, pone sobre la mesa la antinomia que presenta el sistema de delitos inexcusables con los principios citados que subyacen del derecho convencional.

En las ejecutorias de la Décima Época, derivadas del cumplimiento de la sentencia del caso Rosendo Radilla, otro tema debatido es la vinculación o no de la jurisprudencia interamericana para los jueces locales, sobre todo en los casos donde México no sea parte, resolviendo la SCJN que son orientadores cuando sean más favorables a la persona. Se cita textual la tesis aludida, también por su trascendencia:²⁰³

CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De

²⁰³ [TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 550; Registro: 160 584. Varios 912/2010. 14 de de julio de 2011. Mayoría de seis votos; votaron en contra: José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVI/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.

La votación estuvo dividida, porque la minoría consideró que no había que escatimar su obligatoriedad; en lo personal comparto el criterio de dicha minoría, empero, aún lo resuelto también es importante porque se reconoce su carácter orientativo, lo que armonizado con el espíritu del artículo 1 de la Constitución General, en cuanto a los principios de progresividad, efectividad y *pro persona*, es evidente que la jurisprudencia interamericana sí debe ser aplicada de forma directa cuando sea más favorable a las personas y se refiere a la protección de derechos humanos.

5.2. Experiencias de aplicación concreta en el Juzgado Penal de Bucerías.

5.2.1. Planteamiento.

Ya expusimos en el trabajo, como los datos estadísticos oficiales de los juzgados penales en el Estado de Nayarit, son muy similares en cuanto a los números que arrojan de procesados en prisión preventiva respecto del total, y que ello nos permite, tener como “muestra confiable” los datos que se arrojan de los estudios de campo y empíricos que se han planteado; bajo esa premisa, es que en el presente capítulo también abordaremos un análisis basado en experiencias de

aplicación concreta de los criterios de interpretación y cuestiones teóricas ya puestas sobre la mesa.

Retomando, no obstante las antinomias fijadas en el manejo de la prisión preventiva en el sistema penal mexicano –en el tradicional y en el acusatorio– atendiendo al contenido mismo de la reforma constitucional de 2008, en particular del artículo 19 Constitucional, en cuanto a que si bien concibe a la prisión preventiva como medida cautelar, la última a utilizarse, pero también señala un catálogo muy amplio de delitos “inexcarcelables”, catálogo que se amplía en el código modelo de SETEC, y en la iniciativa de código procesal local, lo que de atenderse en su literalidad provocaría criterios automáticos para dejar –de oficio y de plano– a más del 50% de los procesados en prisión preventiva, soslayando el análisis caso por caso de la necesidad o no de dicha medida cautelar.

Empero, en las experiencias de aplicación concreta que se exponen, dichas normas locales se han interpretado como un ingrediente más a considerar, referente importante sí pero sólo eso, que implican que caso por caso, se analice el peligro de fuga y la obstaculización de la investigación.

5.2.2. Cifras y variables a considerar.

El suscrito en mi función como juez –de la que expuse en la introducción que no me apartaría en el presente trabajo– en hipótesis delictivas que se encuentran dentro del catálogo limitativo de delitos graves del numeral 157 del Código de Procedimientos Penales local, y que en una interpretación literal no habría lugar a conceder el beneficio de la libertad provisional bajo caución, en términos del artículo 20, apartado A, fracción I,²⁰⁴ de la Constitución General; y 338²⁰⁵ del

²⁰⁴ **Artículo 20.** En todo proceso de orden penal, el inculpado la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías: a: del inculpado: 1. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su

enjuiciamiento penal local; a partir del mes de agosto de 2011 y -cerrando en un año- hasta el mes de agosto de 2012 que se concluye el trabajo, se ha concedido el beneficio de la libertad provisional bajo caución a **101** imputados²⁰⁶, tomando en consideración lo siguiente:

(i) Verificar que no tenga antecedentes el imputado, y mucho menos, que no le resultaría la aplicación de reincidencia y/o habitualidad. (peligro de fuga)

(ii) Verificar en apariencia del buen derecho la seriedad en los cargos, esto es, el porcentaje de probabilidad de sentencia condenatoria. (peligro de fuga)

conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad. El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito, las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo, los daños y perjuicio causados al ofendido, así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado. La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional."

²⁰⁵ **Artículo 338.** Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o el proceso a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, sin se reúnen los requisitos siguientes: 1. Que garantice el monto estimado de la reparación del daño. Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del trabajo. II. Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele. III. Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso; y. IV. Que no se trate de alguno de los delitos señalados como graves en el párrafo último del artículo 157. Las garantías a que se refieren las fracciones I, II y III podrán consistir en depósito en efectivo, fianza personal o de compañía afianzadora legalmente autorizada, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido." "Artículo 342. El monto de la caución se fijará por el tribunal, quien tomará en consideración. I. los antecedentes del inculpado. II. Gravedad y circunstancias del delito imputado. III. El mayor o menor interés que pueda tener el inculpado en sustraerse a la acción de la justicia. IV. Las condiciones económicas del inculpado y V. la naturaleza de la garantía que se ofrezca."

²⁰⁶ Tal dato es verificable, la cita de expedientes son los siguientes: 1.-467/10(2 procesados). 2.-11/11. 3.-271/11. 4.-215/11. 5.-197/11. 6.-287/11. 7.-337/11. 8.-421/11. 9.-237/11(4). 10.-435/11(2). 11.-427/11. 12.-443/11. 13.-23/11. 14.-451/11(3). 15.-463/11(2). 16.-149/10. 17.-369/11(2). 18.-327/10. 19.-487/11(2). 20.-09/12. 21.-31/12. 22.-47/12(2). 23.-35/12(2). 24.-65/12. 25.-45/12(2). 26.-121/12(2). 27.-425/10. 28.-147/12(2). 29.-163/12. 30.-159/12. 31.-273/12. 32.-211/12. 33.-243/12. 34.-197/12(2). 35.-29/09(2). 36.-103/11. 37.-403/11. 38.-165/12. 39.-209/12(3). 40.-241/12. 41.-273/12. 42.-226/12. 43.-282/11(3). 44.-294/11. 45.-132/11. 46.-320/11(2). 47.-390/11. 48.-424/11. 49.-380/11. 50.-374/11. 51.-456/11. 52.-462/11. 53.-478/11. 54.-470/11(2). 55.-486/11. 56.-204/11. 57.-276/11. 58.-22/12. 59.-502/11. 60.-88/12. 61.-76/12. 62.-112/12. 63.-100/12. 64.-36/12(3). 65.-490/11. 66.-150/12. 67.-136/12. 68.-134/12. 69.-234/12. 70.-154/12(5). 71.-46/12(2).

(iii) Verificar la penalidad que le correspondería en caso de sentencia condenatoria, y si sería de cárcel efectiva (penas mayores a cinco años o habituales), o en su defecto sustituible -conmutación, trabajo a favor de la comunidad, etcétera. (peligro de fuga)

(iv) Verificar que no existan indicios de riesgos para las víctimas o testigos. (obstaculización de la investigación)

(v) Verificar el monto de la reparación del daño, y sus garantías. (peligro de fuga)

(vi) Arraigo comunitario, con aspectos como domicilio en el municipio, domicilio fijo, familia, bienes propios, trabajo estable, fama pública, etcétera, ello siendo carga del imputado y su defensor recabarlos (hasta ahora) hasta en tanto exista un ente encargado de ello. (peligro de fuga)

Son tales variables, y no el catálogo abstracto, lo que empodera al juez para respetar la presunción de inocencia, utilizando su experiencia y criterio, bajo las reglas de las medidas cautelares, para lograr el objetivo de la prisión preventiva, que no es otro que el aseguramiento del imputado al proceso y a la jurisdicción, y tenerlo para cuando se dicte la sentencia.

Otro dato obtenido, es que ninguno de dichos imputados se ha sustraído del proceso, siendo ello la función primordial de la prisión preventiva, ni tampoco se ha tenido dato de afectaciones a las víctimas o a la investigación. Además, ha contribuido en bajar en algún porcentaje (no cuantificado por ser un dato muy volátil) la población carcelaria en el Penal de Bucerías.

Incluso, como resultado de dicho estudio, también se ha determinado que en delitos no graves, se niegue –de forma argumentada y no dogmática- el beneficio de la libertad bajo caución (que actualmente tiene que ser a petición del Ministerio Público) cuando exista un riesgo para la víctima o para testigos, como ya lo establece –como derecho- la Ley de Atención y Protección a las Víctimas para el Estado de Nayarit, en su artículo 31 fracción IV; dicho esquema también permite el debate al respecto.

CONCLUSIONES

Primera.- Se comprobó la hipótesis planteada, bajo (i) un enfoque teórico, desde el deber ser normativo; y también (ii) desde un enfoque pragmático, frente a los principios utilitaristas de eficacia y economía.

Segunda.- La prisión preventiva, aquella que justifica que una persona que todavía no ha sido sentenciada *-sino solamente sujeta a proceso-* se encuentre en una cárcel, producto del sistema inquisitivo penal medieval, ha sido vista como un verdadero anticipo punitivo, como una consecuencia del proceso; no obstante el establecimiento del llamado sistema mixto, durante todo el siglo XX se mantuvo intacta, como un sistema basado en el catálogo de delitos graves; dicha abstracción y automatización la mantuvo con pocos matices de medida cautelar, y parecido en mucho a la prisión como pena.

Tercera.- La reforma constitucional penal de junio de 2008, en cuanto a la prisión preventiva centró parte de sus esfuerzos en transformar de forma radical la regulación normativa y la práctica en su uso, buscando alterar su lógica de funcionamiento para hacerla una institución respetuosa de los derechos humanos; estableciendo la vigencia del principio de excepcionalidad y proporcionalidad, fijando límites normativos consistentes con el objetivo de cautelar el desarrollo del juicio y sus consecuencias, estableciendo un distingo y un comparativo con el sistema tradicional; sin embargo, dejó en el artículo 19 Constitucional un catálogo de delitos inexcusables, que por su amplitud, hay matices de que no pasará el control de convencionalidad en cuanto al principio de presunción de inocencia, además de razonabilidad y proporcionalidad de la prisión preventiva.

Cuarta.- La *presunción de inocencia*, además de ser una norma constitucional, expresa y propiamente a partir de la reforma de 2008, es un eje rector de todo el ordenamiento penal, inspirado por criterios superiores de libertad y respeto a la dignidad de los ciudadanos, se significa en (i) principio rector del proceso, junto con el debido proceso legal; como (ii) regla relativa a la prueba, significa no tener que demostrar inocencia el reo; además es (iii) una regla de tratamiento del

imputado; y una (iv) presunción *iuris tantum* que determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo el proceso.

Quinta.- Nayarit y otros Estados se encuentran en *vacatio legis* procesal mandatada por la reforma de junio de 2008, la situación actual para la implementación del nuevo sistema de justicia penal es *-en algunos aspectos-* incierta, ya que con el aumento de la inseguridad objetiva (en delitos de alto impacto) y la inseguridad subjetiva (percepción de inseguridad), así como el discurso de la lucha contra la delincuencia organizada (a nivel estatal y a nivel federal), favorece al uso de la prisión preventiva como medida cautelar. El argumento de presunción de inocencia y derechos humanos no ha sido suficiente para convencer a los actores políticos, a los medios y a la sociedad en general en el uso de medidas diversas a la prisión preventiva.

Sexta.- Será responsabilidad de las entidades federativas y los órganos de implementación, diseñar sobre todo un esquema que permita un verdadero debate caso por caso en cuanto a la prisión preventiva, con la finalidad que debidamente aceptado el sistema de control de garantías en tal aspecto, se logre una reforma al artículo 19 Constitucional, limitando a muy pocos, o mejor aún eliminando, los delitos de prisión preventiva oficiosa.

Séptima.- En cuestión de política criminal, con el ocaso de las tesis keynesianas del estado de bienestar (inclusión), y el surgimiento de la política de “cero tolerancia” (exclusión), misma que se implementó en Estados Unidos en la década de los 70`s y se trasladó a México en los últimos años, dicha política de prevención o disuasión del delito pugna por el aumento de las penas y las medidas represivas en contra de delitos, sin hacer distinción de la gravedad del daño producido, y se dirige –por sus estrategias operativas- contra la clase más pobre, contra las minorías; es aquí donde se encuentra, desde la política criminal, el alto porcentaje de procesados por delitos “menores” que se encuentran en prisión preventiva en México.

Octava.- No obstante que el impacto de las reformas procesales penales (sistemas de modelo acusatorio) en la prisión preventiva ha sido positivo, porque las cifras muestran que su uso ha disminuido por la existencia de alternativas a la misma, el uso de salidas alternas y justicia restaurativa; empero, el efecto “puerta giratoria” muy socializado incentivó la llamada “contrarreforma” estableciendo catálogos de delitos inexcarcelables en los sistemas procesales donde no existían, o reformas (como la de México) que ya llegaron trucas.

Novena.- Al comparar la población penitenciaria entre los seis de los siete estados (excepto Baja California) que a finales del 2010, estaban implementando sus nuevos sistemas de justicia penal, en los tres años primeros la tendencia había sido la disminución. Hasta el 2009 la tendencia iba en descenso en los seis estados, sin embargo en el 2010, el porcentaje de la población en prisión preventiva de tres entidades (Chihuahua, Oaxaca y Zacatecas) aumentó. Ello fue producto de la introducción de los delitos inexcarcelables, lo que es evidencia de que tal catálogo sí incide en aumentar (o no reducir) el porcentaje de procesados en prisión preventiva.

Décima.- Con el actual sistema mixto vigente, y de no darse la eliminación del catálogo de delitos inexcarcelables en los sistemas de corte acusatorio, en dichos escenarios, y producto del control de convencionalidad dado a todos los jueces del país, las normas locales (en cuanto al catálogo de delitos graves como una barrera infranqueable para que el procesado se quede siempre en prisión preventiva) de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, a la luz de los tratados internacionales, deben interpretarse como un referente más a tomar en consideración, pero que implican que caso por caso, se analice el peligro de fuga y la obstaculización de la investigación, ello para estar acorde la norma local -incluso la Constitución- con el artículo 7 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y con lo determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver de fondo el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, derivando la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo

eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia; con la meta de bajar el porcentaje de imputados formalizados en prisión preventiva a niveles razonables, que serían de un 10% a un 30% aproximadamente.

Décima primera.- En el Juzgado Penal de Bucerías, ante la desproporción *-demostrada con el análisis comparativo-* que representaba tener el 67% aproximadamente del total de procesados en prisión preventiva, y que dicho porcentaje se convertía en un mismo número en sentencias con cárcel no efectiva (compurgando por conmutación de la sanción pagando un 10% de salario por cada día de cárcel), se constató la necesidad de conceder en mayor número de casos tal "beneficio"; por ello ya se ha estado aplicando dicha interpretación, concediéndose en un año la libertad provisional bajo caución a 101 procesados, con resultados positivos constatados empíricamente, pudiendo enunciar: Disminución del hacinamiento carcelario, nulo reporte de imputados sustraídos del proceso, nulo reporte de agresiones a las víctimas u obstáculos a la impartición de justicia, transparencia y confianza de los justiciables en los juzgadores, despresurización carcelaria, contribución en la conciencia colectiva de presunción de inocencia, entre otros.

Décima segunda.- Desde un enfoque **teorético**, el catálogo de delitos graves es violatorio del principio de presunción de inocencia, ya que a la luz del **garantismo penal**, las normas son válidas sí y sólo sí en su parte sustancial, armonizan con el respeto a los límites dados por el derecho al ejercicio del *ius puniendi* por el Estado, y sin duda, piedra angular de dichos límites es la presunción de inocencia. Bajo la teoría de los **derechos en serio**, un derecho individual (presunción de inocencia, libertad) ante la colisión con una directriz o finalidad legítima del estado (eficacia en el combate a la criminalidad, seguridad ciudadana) triunfa el primero como conquista del individuo frente a otros individuos (como pudiera ser *la víctima*) y frente al Estado. Desde las tesis del **derecho penal del enemigo**, tampoco se justifica el catálogo de delitos graves, ya que sostiene la legitimidad del estado de tener un sistema penal de excepción, pero dirigido a individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera

incidental, y por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demostrarían este déficit por medio de su comportamiento; por lo que el imponerles prisión preventiva con la sola clasificación del delito, no es eficaz para ubicar los supuestos para considerarlos “enemigos” de la sociedad.

Décima tercera.- Bajo el enfoque pragmático también se comprobó la hipótesis, porque a la luz de la política criminal, cuya finalidad es la reducción de las conductas desviadas, antisociales o delictivas, se demostró en la investigación que **(i)** bajo los argumentos, esquemas de aplicación, y variables planteadas, otras medidas cautelares son eficaces para sujetar a proceso a los imputados, y para evitar que obstaculicen la justicia o afecten a las víctimas; se comprobó **(ii)** que los procesados por delitos menores no es conveniente que enfrenten sus procesos en prisión preventiva, por el riesgo de contaminarse en la prisión, ante la sobrepoblación y hacinamiento que priva en las cárceles de Nayarit, y que seguiría privando de mantenerse porcentajes mayores del cincuenta por ciento de procesados en prisión preventiva con respecto de los totales, por lo costoso que resulta para el Estado, y porque ello no contribuye a los fines de inclusión y de respeto a la dignidad humana; se demostró también **(iii)** que los delitos menores tienen mínima contribución a la percepción de inseguridad, la que se genera por los delitos de alto impacto, como en Nayarit sucedió con los homicidios por crimen organizado; y finalmente se demostró la necesidad de implementarse en Nayarit una política criminal clara, no de temas contingentes, que mande señales claras que la estrategia contra las conductas desviadas pasa por incluir, no excluir ni tampoco etiquetar, pasa por limitar el derecho penal, y no ensancharlo.

Décima cuarta.- Ello empodera al Juez, se deja atrás el dogma de la legalidad, de la justicia ciega y manca; transitando a un sistema penal que aspire a la justicia, que declare la mayoría de edad del juzgador, quitándole la camisa de fuerza que por desconfianza se le impuso, dotándole de dientes y armas que no son otros que la posibilidad de aplicar sus conocimientos, criterio y experiencia en cada caso concreto, el debido balance entre política criminal en protección a las víctimas, y respeto irrestricto a la presunción de inocencia.

FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

AGUILAR LÓPEZ, Miguel Angel, *"Presunción de inocencia. Principio Fundamental en el sistema acusatorio"*, Ed. Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, División Editorial, 2ª. edición, México, 2009.

CAPELLA, Juan Ramón, *"Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado"*, Ed. Trotta, 5ª. edición, Madrid, 2008.

DWORKIN, Ronald, *"Los Derechos en Serio"*, Ed. Planeta Agostini, Barcelona, 1993.

FERRAJOLI, Luigi, *"Derecho y razón. Teoría del garantismo penal"*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, et. Al., 6 ed. Trotta, Madrid, España, 2004.

LORENZO, Leticia, RIEGO, Cristian, DUCE, Mauricio, *"Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas"*, Volumen 2, Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA, Santiago, Chile, 2011.

RIEGO, Cristian, DUCE, Mauricio, *"Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas"*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA, Santiago, Chile, 2008.

VIRGOLINI, Julio E. S., *"La razón ausente"*, Editores del Puerto s.r.l., Argentina, 2005.

BIBLIOGRAFÍA:

BALESTENA, Eduardo, *"La fábrica penal. Visión interdisciplinaria del sistema punitivo"*, Ed. B de F Ltda., Buenos Aires, 2006.

BANACLOCHE, Julio, *"La libertad personal y sus limitaciones"*, Editorial Mc Graw-Hill, Madrid, 1996. (Archivo PDF impreso vía electrónica. Febrero-12).

BARATTA, Alejandro, *"Criminología crítica y crítica del derecho penal"*, Ed. Siglo Veintiuno editores, 1ª. reimpresión, Argentina, 2002.

CAPELLA, Juan Ramón, *"El aprendizaje del aprendizaje"*, Ed. Trotta, 4ª. edición, Madrid, 2004.

CÁRDENAS Rioseco, Raúl F., *"Presunción de Inocencia"*, en el mundo del abogado, año 5, No. 40, México, agosto, 2002.

CALAMANDREI, Piero, *"Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares"*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Librería el foro, Buenos Aires, 1997. (Archivo PDF impreso vía electrónica. Febrero-12).

CARRARA, Francisco, *"Opúsculos de derecho criminal"*, volumen V, 2 ed., Temis, Bogotá, 2000.

CARRASCO Solís Javier y otros (coordinadores), *"Programa de medidas cautelares. Experiencias para equilibrar presunción de inocencia y seguridad ciudadana"*, primera edición, Open Society Justice Initiative OSJI, serie Prisión Preventiva, México, 2010.

CASTRESANA Fernández, Carlos, *"Guerra al terror y derecho"* Revista Jueces para la Democracia, número 43, Madrid, 2002. (Archivo PDF impreso vía electrónica <http://www.juecesdemocracia.es/asociacion> . Enero de 2012)

CAVAZOS Villanueva, Gabriel y otros (coordinadores), *"Retos de la Reforma Penal Equilibrando la Presunción de Inocencia y la Seguridad Pública"*, OSJI/Institución Renace, ABP/ITESM, México, sin año.

COUTURE, Eduardo, *"Fundamentos del derecho procesal"* Editorial de palma, tercera edición, Buenos Aires, 1972. (Archivo PDF impreso vía electrónica. Enero-12).

DAVIS, Diane, *"El factor Giuliani: delincuencia, la "cero tolerancia" en el trabajo policiaco, y la transformación de la esfera pública en el centro de la ciudad de*

México". Archivo PDF impreso por vía electrónica:
http://codex.colmex.mx:8991/exlibris/aleph/a18_1/apache_media/ (octubre/11).

EMBRIS Vázquez, José Luis, *"Medidas Cautelares, su transición al Sistema Acusatorio, Adversarial y Oral en México"*, Ed. Porrúa, México, 2011.

FERRAJOLI, Luigi, *"Democracia y garantismo"*, Ed. Trotta, España, 2010.

FERRAJOLI, Luigi, *"El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad"*, en ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, (ed.), *"Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción"*, Ed. Trotta, Madrid, 1996.

FIX Zamudio, Héctor y OVALLE Fabela, José, *"Derecho Procesal"*, UNAM, México, 1991.

FOUCALT, Michel, *"Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión"*, 1ª. Ed., Siglo XXI Editores Argentina, 2002.

GARCÍA Pablos de Molina, Antonio, *"Derecho penal, Introducción"*, Universidad Servicios de Publicaciones de la facultad de derecho, Complutense de Madrid, Madrid, 2000. (Archivo PDF impreso vía electrónica. Octubre-11).

GARCIA Silva, Gerardo, *"El arraigo en la Reforma Constitucional"*, ITER CRIMINIS, Revista de Ciencias Penales editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), núm. 11, mayo-junio de 2007, tercera época, México.

GASCÓN Avellán, Marina, ensayo publicado en revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con el título: *"La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli Derecho y Razón"*. Archivo PDF impreso vía electrónica en el mes de octubre del año 2011. (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr13.pdf>).

GOMES Filho, Antonio Magalhães, *"Presunción de inocencia y prisión preventiva"*, trad. Claudia Chaimovich Guralnik, Ed. Conosur, Chile, 1995.

GRACIA, Martín, Luis, *“Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo”*, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, número 7. (Archivo PDF impreso vía electrónica <http://criminet.ugr.es/recppl> consultado en enero de 2012).

HERRENDORF, Daniel E., *“El poder de los jueces. Cómo piensan los jueces que piensan”*, 3ª. edición, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

HOBBS, Thomas, *“Leviathan, o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil”*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994. (Archivo PDF impreso vía electrónica. Junio-2012).

IGLESIA Ferreiros, Aquilino, *“Alfonso X el Sabio y su obra legislativa”*, en *Revista: Anuario de Historia de Derecho Español*, no. 50, 1980, Madrid-España. (Archivo PDF impreso vía electrónica 18-jun-11).

ILLESCAS, Ángel Vicente, *“Las medidas cautelares personales en el proceso penal”*, Revista de derecho procesal dirigida a Iberoamérica, número 1, Madrid, 1995. (Archivo PDF impreso vía electrónica. Febrero-12).

JAKOBS. Günther, CANCIO Melía, Manuel, *“Derecho Penal del enemigo”*, Ed. Civitas, Madrid, 2003.

JAKOBS, Günther, *“La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”*, Estudios de Derecho Judicial no. 20, 1999. (Archivo PDF impreso vía electrónica: <http://www.libreroonline.com/libros/>. Consultado enero de 2012).

JAKOBS, Günther y CANCIO Meliá, Manuel. *“Derecho penal del enemigo”*. Madrid, Civitas, 2003, p. 102; y MUÑOZ, Conde, Francisco, *“Derecho penal del enemigo”*, Conferencias magistrales, no. 6, México, INACIPE, 2003, p.44. (Archivo PDF impreso vía electrónica junio-12).

KEYNES, J. M., *“Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero”*, trad. de E. Hornedo, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1943. (Archivo PDF impreso vía electrónica. Junio-2011).

LAUTMANN, Rüdiger. *"Sociología y jurisprudencia"*, Primera Edición 1991, Tercera reimpresión 2004, Título original: *Soziologie vor den roren der jurisprudenz*. Traducción: Ernesto Garzón Valdés. ISBN: 968-476-148-1. Editorial: "Distribuciones Fontamara, S.A. "Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política". México.

MACEDO, Miguel S., *"Apuntes para la historia del Derecho Penal Mexicano"*, editorial Cultura, México, 1931. (Archivo PDF impreso vía electrónica 18-jun-11).

NADER KURI, Jorge, *"Ampliación de la garantía de presunción de inocencia"* Revista Mexicana de Justicia, sexta época, número 8, México, 2004, p. 499. www.ijf.cjf.gob.mx/.../diplojusticiapenal/Presunción%20de%20inoce... Consulta en línea. (Octubre de 2011).

NUÑEZ Leiva, José Ignacio, *"Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario"*, Revista Política Criminal volumen 4, número 8, 2009. (Archivo PDF impreso vía electrónica <http://politicacriminal.cl> consultado en febrero de 2012).

ORTEGA Y GASSET, José, *"La rebelión de las masas"*, Ed. Planeta-Agostini, México, 1993.

PAVARINI, Massimo, *"De los delitos y de las penas en la sociedad de la exclusión. Una reflexión filosófico política sobre el discurso criminológico"*, Editores del Puerto s.r.l., Argentina, 2005.

PRIETO Sanchis, Luis, *"Constitucionalismo y Positivismo"*, Fontamara, México, 1997.

PRIETO Sanchis, Luis, *"La filosofía penal de la ilustración"*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003.

Riego, Cristian, VARGAS, Juan Enrique, *"Proyectos de seguimiento de las reformas Penales en América Latina"*, Colección de estudios realizados por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA, Santiago, 2005.

ROJAS, Mario, *"Las medidas precautorias"*, editorial Librotec Ltda. Editores, Chile, 1965.

ROMERO Arias, Esteban, *"La presunción de inocencia, estudio de algunas consecuencia de la Constitucionalización de este derecho fundamental"*, Ed. Aranzandi, Pamplona, 1985. (Archivo PDF impreso por vía electrónica. Octubre-11).

ROXIN, Claus, *"Política criminal y sistema del derecho penal"*, 2ª. edición, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002. (Archivo PDF impreso vía electrónica. Enero-12)

TAYLOR, Ian, WALTON, Paul, y YOUNG, Jock, *"La nueva criminología, contribución a una teoría social de la conducta desviada"*, trad. Adolfo Crosa, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1997.

VÍQUEZ, Karolina, *"Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?"*, Revista Polít. crim. N° 3, Costa Rica, 2007. (Archivo PDF impreso vía electrónica http://www.liberlex.com/archivos/DP_enemicus.pdf octubre de 2012)

YOUNG, Jock, *"El fracaso de la criminología. La necesidad de un realismo radical"*, dentro del libro *"Criminología crítica y control social"*, Ed. Juris, Argentina, 1993.

ZEPEDA Lecuona, Guillermo, *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*, Open Society Justice Initiative, 2009.

ZEPEDA Lecuona, Guillermo, *El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México*, Consulta en línea <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-516s.pdf> (12-oct-2011).

ZEPEDA Lecuona, Guillermo, *"Mitos de prisión preventiva en México"*, segunda edición, Open Society Justice initiative, 2010.

ZOLO, Danilo, *“Una crítica realista del globalismo jurídico, desde Kant a Kelsen y Habermas”*, con traducción de Pedro Mercado Pacheco, publicado en “Anales de la Cátedra Francisco Suárez”, número, 36, 2002. (Archivo PDF impreso vía electrónica. Junio-2011).

NORMATIVIDAD:

CONSTITUCION POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2009.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE NAYARIT, Nayarit, Periódico Oficial, Tepic, 2012.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE NAYARIT, Nayarit, Periódico Oficial, Tepic, 2012.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MORELOS, adicionado P.O.4735, 24 de agosto de 2009.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA, No. 1016-10 VII P.E. publicado en el P.O.E. No.9 del 30 de enero de 2010.

CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE CHILE, Santiago, 2011.

CÓDIGO MODELO DE SETEC, SETEC, México, 2011.

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE BOLIVIA una nueva causal de procedencia de la prisión preventiva, en el artículo 234 ter (de la Ley 1.970, incorporado por la ley 2.494 del año 2003) que incorpora la reincidencia. Consulta en línea: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/736.pdf> (octubre de 2011).

CADH, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

DUDH, proclamada por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Ley 20.253 de marzo de 2008. Legislación de Chile, con la llamada agenda corta. Consulta en línea en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20253/HL20253.pdf> (octubre de 2011).

Ley 906 de 2004, modificada en 2007, del Código Procesal Penal Colombiano. Consulta en línea: <http://www.corteconstitucional.gov.co/> (octubre de 2011).

PIDCP, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1981.

JURISPRUDENCIA:

RED IUS de la SCJN, De la Quinta a la Décima época. Consulta en línea: <http://200.38.163.161/paginas/ConsultaGlobal/BusquedaPrincipal.aspx>.

TELEMÁTICA:

Consulta en línea: <http://www.latinobarometro.org/latino/latinobarometro.jsp> (mayo de 2012).

Consulta en línea <http://www.presunciondeinocencia.org.mx/> (junio-2011).

Consulta en línea http://www.soros.org/initiatives/justice/focus/criminal_justice/articles_publications/publications/pretrialjustice_20090903/z-global-campaignflyer-spanish-20090903.pdf (junio-2011).

Centro de Investigación para el Desarrollo CIDAC. Proyecto "Seguridad Ciudadana, Justicia Penal y Derechos Humanos en México". Consulta en línea. México. 2007.

Consulta en línea: <http://www.derechos.org/limeddh/informes/prisiones.html> (12-octubre-2011)

Decreto de la reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la federación, 18 de junio de 2008. (Consulta en línea. Junio-11).

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Consulta en línea: <http://lema.rae.es/drae/?val=> (octubre de 2011).

Exposición de la presentación de la iniciativa de nuevo código procesal penal de corte acusatorio. Consulta en línea: <http://portal.setec.gob.mx/gaceta2011Sep22.html> (octubre de 2011).

Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados de fecha 22 de septiembre de 2011. Consulta en línea: <http://portal.setec.gob.mx/gaceta2011Sep22.html> (octubre de 2011).

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS de la reforma constitucional de julio de 2008. México. Consulta en línea página de la Cámara de Diputados.

Iniciativa presentada por César Camacho Quiroz (artífice de la reforma) cuando se refiere a la seguridad pública. Consulta en línea: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf> (octubre de 2011).

Secretaría de Seguridad Pública Federal, <http://www.ssp.gob.mx/portalwebApp> (Consulta en línea octubre de 2011).

SEMINARIOS:

Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal 2011, del Centro de Justicia de las Américas CEJA, presencial en Santiago, Chile, en mayo y noviembre de 2011, y mediante plataforma de mayo-noviembre-11. <http://www.cejacampus.org> (Diciembre-2011).

PUBLICACIONES INSTITUCIONALES:

CÁMARA DE DIPUTADOS, SECRETARÍA DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS, *“Cuaderno de Apoyo, Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública”*, México, 2008. Archivo PDF impreso vía electrónica en el mes de octubre del año 2011. (<http://www.diputados.gob.mx/cedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>).

CEJA, *Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento IV etapa*, CEJA, Santiago 2007.

CENTRO DE INVESTIGACIÓN PARA EL DESARROLLO, A.C. (CIDAC), *“8 delitos primero, índice delictivo CIDAC”*, México, 2012.

INFORME ESPECIAL SOBRE EL SISTEMA PENITENCIARIO DEL ESTADO DE NAYARIT. Comisión de Defensa de los Derechos Humanos para el Estado de Nayarit. Noviembre de 2011. (Impreso en línea <http://www.cddh-nayarit.org/archivos-pdf/informe-sistema-penitenciario.pdf>).