

# La inconstitucionalidad de la prisión preventiva oficiosa en México

## The unconstitutionality of the official preventive prison in Mexico

Javier Alberto García González

Profesor de tiempo completo en el Centro Universitario de Tonalá de la Universidad de Guadalajara. Abogado, egresado de la Facultad de Derecho por la Universidad de Guadalajara, Maestro en Derecho con orientación en Civil y Familiar, y Doctor en Derecho con orientación en constitucional y penal por la misma Universidad de Guadalajara. Correo electrónico: javieralberto.garcia@academicos.udg.mx  
ORCID 0009-0004-1334-5531

**RESUMEN:** Derivado de la sentencia donde condeno a nuestro país, como responsable de transgredir la Convención Americana sobre Derechos Humanos por el caso conocido como “**Tzompaxtle Tecpile y Otros vs. México\***”. Se volvió a poner en la mesa de discusión, si la prisión preventiva oficiosa, debe declararse por los Jueces inconstitucional por violar los derechos humanos a la libertad y a la presunción de inocencia. En ese sentido el presente artículo versa sobre los tipos de prisión que existen en México, las medidas cautelares que se pueden usar en lugar de la prisión y el análisis de su constitucionalidad.

**Palabras clave:** *Inconstitucionalidad, medidas Cautelares, prisión preventiva oficiosa.*

**ABSTRAC:** Derived from the sentence where I condemn our country as responsible for violating the American Convention on Human Rights in the case known as “**Tzompaxtle Tecpile and Others vs. Mexico**”. It was put back on the table for discussion, whether the informal pretrial detention should be declared unconstitutional by the Judges for violating the human rights to freedom and the presumption of innocence. In this sense, this article deals with the types of prison that exist in Mexico, the precautionary measures that can be used instead of prison and the analysis of its constitutionality.

**Keywords:** *informal prison, precautionary measures, unconstitutionality.*

\* Corte Interamericana de Derechos Humanos. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_470\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_470_esp.pdf)

Recibido: 10 de noviembre 2022. Dictaminado: 09 de diciembre de 2022

## **Introducción**

El año 2008 surgió una de las más importantes reformas constitucionales en materia de justicia penal, estableciendo así un cambio de treientos sesenta grados para todas las personas, desde los propios operadores llamados ministerios públicos, defensores, jueces, peritos y policías; este cambio conllevó la modificación operativa y normativa en instituciones para prevenir, investigar y sancionar los delitos, incluso para las propias instituciones penitenciarias donde debían permanecer encarcelados las personas privadas de su libertad (de ahora en adelante por sus siglas P.P.L), ya sea porque estuvieran de forma preventiva o mediante sentencia dictada por algún Juez.

La reforma constitucional del 18 de junio del año 2008 reformó y adicionó diversos artículos de la Constitución Política Mexicana, donde estableció un “sistema procesal acusatorio” modificando diez artículos de nuestra Constitución Mexicana, siendo los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 fracciones XXI y XXIII, del artículo 73 fracción VII del 115 y XIII del apartado B del 123 de la Constitución Federal.

De tal suerte, se transformó el proceso penal en México, cambiando de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio. En este proceso penal nuevo, se estipularon principios rectores, y derechos humanos en igualdad de condiciones entre la parte acusadora y el imputado, resaltando novedosos conceptos: la presunción de inocencia de toda persona y las medidas cautelares (artículos constitucionales 19 y 20 apartado B, Fracción I).

De lo anteriormente dicho, se tuvieron que garantizar estos derechos humanos en un Código Nacional de Procedimientos Penales (y en lo que nos interesa a nosotros) destacando por **regla general** que las personas llevarán su proceso en libertad y como **excepción**, que esa libertad sería siempre y cuando el delito no fuera de prisión preventiva oficiosa (de hoy en adelante por sus siglas P.P.O).

Al día de hoy, nos encontramos ante una problemática constitucional, por un lado las personas que lleven su proceso penal “pueden” hacerlo en libertad para respetar el artículo 20 constitucional apartado B, Fracción I, pero por otro lado la constitución permite la aplicación de la prisión de forma “oficiosa”; de esta guisa, actualmente los Ministerios Públicos solicitan a los Jueces que las personas enfrenten un proceso penal, detenidos en prisión de forma oficiosa y los defensores señalan que es inconstitucional el concepto de “prisión oficiosa”, sin embargo en tanto ahora analizamos el presente artículo, hoy por hoy, queda al prudente arbitrio del Juez, decidir su inconstitucionalidad.

Teniendo en cuenta lo anterior el presente artículo se desarrollara partiendo del método inductivo al deductivo, partiendo del concepto constitucional de la prisión oficiosa, para abordar bajo la teoría de Robert Alexy, si riñe con el principio de presunción de inocencia.

## **Desarrollo**

### *Los derechos humanos que oscilan cuando hablamos de prisión en un proceso penal*

Sabemos que existen numerosos posicionamientos doctrinales y normativos inherentes al entendimiento del concepto de derechos humanos, empero solo abordamos de manera sucinta algunas teorías, conceptos y características más importantes, tomando como base la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy para después

analizar cuáles son los derechos humanos que oscilan al hablar de la prisión preventiva y finalmente abordar su inconstitucionalidad.

No pretendemos generar un debate doctrinal sobre las posturas de derechos humanos, empero es necesario su abordaje con la intención de conocer los posicionamientos actuales, ya que en otro capítulo reflexionaremos sobre las tensiones, colisiones y límites que puedan existir entre los derechos humanos abordados en nuestra investigación.

Como se mencionó en un inicio, no hay sólo uno, sino múltiples fundamentos teóricos de los derechos humanos, y existe una larga disertación en torno de las distintas formas de pensar el derecho y sus consecuencias. La teoría desarrollada por Wesley Newcomb Hohfeld<sup>1</sup> y aplicada a los derechos humanos por Liborio Hierro<sup>2</sup> son buenas referencias para tratar este punto, pero no son importantes para los fines de esta investigación. De igual forma sucede con la más reciente propuesta del derecho dúctil, generada por Gustavo Zagrebelsky<sup>3</sup> para identificar en qué casos el *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (de ahora en adelante DIDH) funciona como principio y cuándo se está frente a una regla. Y tampoco, por no ser nuestro fin perseguido, se referirán los límites del positivismo para identificar y aplicar principios y la propuesta dúctil para vivificarlos mediante procesos previos de interiorización a la aplicación de las reglas.

En nuestra investigación se utilizarán derechos humanos y derechos fundamentales como sinónimos, por las siguientes acotaciones y

- 
1. Wesley N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Fontamara (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 2), 2001.
  2. Liborio Hierro, "Conceptos jurídicos fundamentales (I) De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber", en *Revista Jurídica*, año 2000, núm. 3, España, Universidad Autónoma de Madrid, pp.139-173.
  3. Gustavo Zagrebelsky, "El derecho por principios" en *El derecho dúctil*, trad. de Mariana Gascón, Madrid, Trotta, 2003, pp.109-122.

distinciones entre ambos, Juan N. Silva Meza, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conceptualiza a los derechos humanos diciendo que:

el fundamento de los derechos humanos lo constituye la dignidad humana, pues por razón de su intrínseca naturaleza todo ser humano debe gozar de una serie de libertades y prerrogativas que le permitan vivir como tal y alcanzar su pleno desarrollo, la titularidad de los derechos humanos se extiende enteramente al género humano. Por ello los estados con independencia de su sistema político económico o social, deben reconocerlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos<sup>4</sup>

Según el presente concepto del Ministro, nos habla que efectivamente la titularidad de los derechos humanos se extiende al género humano, es decir, que por su inherente condición humana tiene ese derecho natural connatural, superior que en todo momento debe ser respetado sin discriminación alguna.<sup>5</sup>

En contraste con lo anterior, sobre los derechos fundamentales la Doctora Stephanie Calvillo Barragán<sup>6</sup> dice que Gregorio Peces Barba ofrece una visión integral de los derechos humanos, a través de la concreción de los derechos fundamentales, a saber:

Cuando hablamos de derechos fundamentales estamos refiriéndonos, al mismo tiempo a una pretensión moral justificada y a su recepción en el derecho positivo. La justificación de la pretensión moral en qué consisten los derechos se produce

---

4. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Serie de Derechos Humanos, Derechos humanos parte general*, 1era. ed., México, D.F., Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abril de 2013. p. 9.

5. Tesis P. LXV/2009, *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, t. XXX, diciembre de 2009, p.8.

6. Stephanie Calvillo Barragán. Tesis Doctoral: La portabilidad de derechos pensionarios como garantía de acceso al derecho fundamental de la seguridad social, Universidad de Guadalajara, 2019.

sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del ser humano. La recepción en el Derecho positivo es la condición para que pueda realizar eficazmente su finalidad<sup>7</sup>

En ese orden de ideas, Robert Alexy lo define como un derecho subjetivo; es un todo integrado por tres tipos de entidades: una disposición jurídica, una norma jurídica o varias normas jurídicas y una posición jurídica o varias posiciones jurídicas. En tanto especie de los derechos subjetivos, los derechos fundamentales también ostentan esta estructura. Un derecho fundamental es un todo, es decir, un conjunto de normas y posiciones de derecho fundamental que describen interpretativamente a una disposición de derechos fundamental.<sup>8</sup> La diferencia específica de los derechos fundamentales se radica, justamente, en su carácter fundamental.

Una vez diferenciadas algunas cuestiones teóricas-doctrinales entre la definición de derecho humano y derecho fundamental, como se anticipó, se nombrarán de manera indistinta estos conceptos.

Dicho lo anterior recordemos que los **derechos** de cada hombre **no son absolutos** y están limitados por los demás, por la seguridad de todos, por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.<sup>9</sup>

Una de las características principales de los límites a los derechos humanos es que su restricción no es arbitraria y ciertamente existen excepciones. A raíz de ello, Rodolfo Lara Ponte insistía en que debía existir un límite a la acción del poder del Estado en el marco de la

---

7. Peces-Barba, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*. España, Dykinson, 2009, p.29. y también: Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*. España, 4 a ed., Tecnos, 1991, pp.46-47.

8. Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main 2006, p.54 ss. y 163 s. (tiene trad. Al castellano de C. Bernal Pulido como: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 3ra ed., 2008).

9. OC-5/85, file:///C:/Users/HP/Downloads/Colegiatura%20Obligatoria.pdf.

aplicación de la ley, para establecer un radio de acción mínimo de facultades, posibilidades y oportunidades que alienten y protejan la vida humana.<sup>10</sup>

De ahí que (de acuerdo a Robert Alexy y a la SCJN) para poder limitar los derechos humanos deben de fijarse *parámetros de ponderación o restricción de derechos*, sin que dichas pugnas se limiten de manera abusiva, arbitraria o desproporcional,<sup>11</sup> sino que para ser válidas deban satisfacer por lo menos los siguientes requisitos, deben ser: *a) admisibles<sup>12</sup>; b) necesarios<sup>13</sup>; c) proporcionales.<sup>14</sup>*

Lo que incide en los derechos a tratar, el derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de trato (art 20, b, Fracción I) y su excepción establecida en la constitución denominada prisión (artículo 19 constitucional). Vamos a abordar estos conceptos

### *El derecho de la presunción de inocencia*

Este derecho humano se refiere a que toda persona se presume inocente y será tratada como inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley en un juicio que cumpla por lo menos con los requisitos mínimos que prescribe el principio de justicia procesal.<sup>15</sup> Tal dere-

---

10. Lara Ponte, Rodolfo, *Derechos Humanos y la Constitución*, México, 1998, p.3., <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/130/21.pdf>

11. Tesis 1ª. CCXIII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, diciembre de 2009, p.276.

12. Andrade Sánchez, Eduardo. et al., “El significado actual de la Constitución”, *Derechos Humanos y la Constitución*, México, UNAM, 1998, p.7. Ello posibilita incursionar al espacio de relación entre ambos planos que es la materialización de dichos principios comunes en un orden jurídico positivo.

13. Tesis 1a. CCXIII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p.276.

14. Tesis 1a. XCIII/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, 16 marzo de 2015, p.1096.

15. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 11. Además lo prevé La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 20, apartado B, fracciones I y II.

cho ha tenido distinto reconocimiento tanto a nivel del marco jurídico nacional como del marco jurídico internacional.

**En el marco jurídico nacional**, el primer antecedente del México independiente está precisamente en la Constitución de Apatzingán de 1814, en la cual se estableció específicamente en el artículo 30 que “todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado”. A partir de ese momento y pese a la trascendencia de tal disposición, este derecho desaparece de los ordenamientos constitucionales de 1857 y 1917.

Hasta el año 2008, casi cien años después, se reformó el artículo 20 constitucional y se incluyó el derecho a la presunción de inocencia de manera expresa en el apartado B, fracción I; Finalmente, en el 2014, se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales y se recoge este derecho en el artículo 13, siendo así como se reconoce en México este derecho y principio internacionalmente aceptado.<sup>16</sup>

**En el marco jurídico internacional**, después de la reforma en México de los artículos 1 y 133 constitucionales en el 2011, se incorporaron los tratados internacionales dentro del llamado *bloque de Constitucionalidad*,<sup>17</sup> así la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de las Naciones Unidas en 1948, en su artículo 8, expresamente indicó que “ Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad ”.<sup>18</sup>

En los mismos términos, en 1948 la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, en su apartado XXVI, dispuso que: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es cul-

---

16. Tesis Aislada 2006505. (III Región) 40.37 A (10a.), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, t. III, mayo de 2014, p.2096.

17. Rodríguez Manzo, Graciela. et al., *Bloque de Constitucionalidad en México*. Distrito Federal, reforma DH, 2013, p.19.

18. Es importante referir que de acuerdo al artículo 133 de nuestra constitución mexicana, esta Declaración no es obligatoria, pero se ha recurrido a ella en resoluciones del máximo Tribunal Nacional e Interamericano.

pable”. En términos semejantes, el Artículo 14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966* agregó lo siguiente: “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 finalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 rescata en su numeral 8.2 que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante la resolución 43/173 en el año de 1988 del Consejo Económico y Social de la ONU, ha recogido una serie de disposiciones que engloba en un documento denominado “Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, adoptado a partir de las resoluciones 663C de 1957 y 2076 de 1977; mismo texto en el que señala en el apartado 84.2 que: “el acusado debe gozar de una presunción de inocencia y ser tratado como tal”.

**La Corte Interamericana de Derechos Humanos** ha dictado sentencias por violación al derecho a la presunción de inocencia, destacando el caso *Suárez Rosero vs Ecuador* en 1997, El caso *Radilla Pacheco* en 2009, y el caso *Cabrera García y Montiel Flores*, de 2010, la Corte dibuja la presunción de inocencia desde la perspectiva del estándar de prueba que debe existir para condenar a una persona en relación con la prisión preventiva, debiendo aplicarse como un **límite necesario la prisión “preventiva** (atendiendo a la presunción de inocencia) y no como regla general; destacando que un caso contrario a ello, necesariamente significaría anticipar una pena en contra de una persona”.<sup>19</sup>

---

19. Este criterio ha sido citado sin ninguna adición o modificación en diversas sentencias, tales como las dictadas en el *Caso Tibi vs Ecuador* del año 2004 en el párrafo 180, y *Caso Acosta Calderón vs Ecuador*, año 2005, en el párrafo 111.

### *El carácter poliédrico del derecho de la presunción de inocencia*

El derecho es *poliédrico*,<sup>20</sup> es entendido así porque en él se integran diversas garantías y delimita el alcance en el actuar de la autoridad y de las personas dentro y fuera de un proceso; podemos señalar que posee las siguientes dos vertientes: **a)** el derecho a la Presunción de inocencia como estándar probatorio; y **b)** el derecho a la presunción de inocencia como regla de trato. En nuestra investigación por la pertinencia únicamente abordaremos el inciso b.

### *La presunción de inocencia como regla de trato*

La presente vertiente se refiere a que, durante el proceso, existen ciertas cuestiones que trascienden hacia un ámbito personal de quien se enfrenta a éste, hablamos *del trato que reciben*. En nuestro caso se refiere a que cuando una persona al enfrenta un proceso penal, debe ser considerado y “tratado” como inocente.

Frecuentemente cobran vida las situaciones extraprocesales cuando se estigmatiza socialmente mediante la opinión pública a la persona que no es tratada como inocente y lleva su proceso penal en prisión, lo que constituye nos adelantamos y consideramos que es una violación a este derecho de presunción de inocencia como *regla de trato*, ya que todo detenido debe y tiene derecho a ser “tratado” como inocente mientras no se demuestre la culpabilidad de dicho sujeto.<sup>21</sup> Pasemos a analizar el concepto de prisión.

### *La prisión preventiva*

Al día de hoy se cumplen casi 15 años en qué se instauró una nueva forma de llevar los procesos penales, esto ha generado aún resistencia

---

20. Amparo en Revisión 466/211, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 26 de noviembre de 2013, Unanimidad de votos, Ponente Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos.

21. Tesis Aislada 2a. XXXV/2007, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p.1186.

para cambiar la forma de concebir las garantías que conllevó la propia reforma constitucional. El proceso penal no fue una reforma aislada sino que surgió por una serie de problemas que asfixiaban y no garantizaban procesos con garantías ni a la víctima, ni al imputado, y parte de esos problemas era la prisión preventiva.

La prisión preventiva legalmente surgió en México, en la constitución del año 1857, dentro del artículo 19 constitucional el cual contemplaba la prisión (sin que se hablara si es preventiva u oficiosa) y sólo operaba para los delitos que merecieran pena privativa de la libertad; no olvidemos que en esa data existía la “presunción de culpabilidad”<sup>22</sup> y la prisión era la regla, misma que se formalizaba con un auto de “formal prisión”; luego en las subsecuentes Constituciones de los años 1917, 1993 y 1999 no sufrió mayor modificación al respecto, sino hasta la reforma constitucional del año 2008 que expresamente dice:

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

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la **prisión preventiva** cuando otras **medidas cautelares** no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la **prisión preventiva oficiosamente**, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso,

---

22. ([https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/const\\_1857.pdf](https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf), <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2802/8.pdf>)

feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.<sup>23</sup>

Del artículo citado, al día de hoy tenemos (por llamarlo así) dos tipos de prisiones, **1.** La prisión preventiva “**oficiosa**”, (por sus siglas P.P.O) y **2.** La prisión preventiva “**justificada**” (por sus siglas P.P.J). En la P.P.O. la prisión se aplica expresamente y de “oficio” y constitucionalmente se dispone porque delitos las personas deben estar en prisión, los cuales son:

1. En los casos de abuso o violencia sexual contra menores.
2. Delincuencia organizada,
3. Homicidio doloso,
4. Feminicidio,
5. Violación,
6. Secuestro,
7. Trata de personas,
8. Robo de casa habitación,
9. Uso de programas sociales con fines electorales,
10. Corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones,
11. Robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades,

---

23. (<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>)

12. Delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos,
13. Delitos en materia de desaparición forzada de personas y
14. Desaparición cometida por particulares,
15. Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos,
16. Delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea,
17. Así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

En la P.P.J la constitución garantiza dentro del Código Nacional de Procedimientos penales<sup>24</sup> los parámetros y requisitos denominados “riesgos procesales y factores de estabilidad” por los cuales un Juez decide si se justifica o no la prisión, las razones por las que una persona deba estar en prisión, así se le denomina la P.P.J., veamos las diferencias en el cuadro 1 comparativo:

### *Algunas cifras de las personas privadas de la libertad*

Antes de abordar el tema, analicemos un poco las siguientes cifras, en el año 2021 de acuerdo con el Censo Nacional de Justicia en México se registraron 269,311 personas procesadas y/o imputadas. En enero del año 2022, existieron a Nivel Federal y Estatal un **total** de 223,385 personas privadas de la libertad (de ahora en adelante P.P.L.) de las cuales **93,188 P.P.L. se encontraban sin recibir sentencia**<sup>25</sup>; es decir, casi el 35% de los que son procesados se quedan detenidos en prisión en espera de su sentencia.

---

24. Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP). 19 de febrero de 2021 (México). Art 153 al 175

25. ([https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/708057/CE\\_2022\\_01.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/708057/CE_2022_01.pdf))

Cuadro 1. Concepto y aplicación de los distintos tipos de prisión preventiva.

P.P.O.	P.P.J.
<p>De oficio el Juez la impone en automático (de oficio) cuando una persona comete un <u>delito grave</u> por cada ley penal o delito oficioso de los siguientes, lo cual obliga a que anticipadamente permanezca en prisión.</p> <p>DELITOS                      Todos los delitos cometidos con medios violentos, pudiendo ser los cometidos con armas y explosivos.                      Homicidio.                      Genocidio.                      Violación.                      Traición a la patria.                      Espionaje.                      Terrorismo.                      Sabotaje.                      Corrupción de personas menores de edad                      Pornografía de personas menores de edad                      Turismo sexual en contra de edad;                      Lenocinio de personas menores de edad                      Tráfico de menores.                      Mas algunos delitos Fiscales                      Cualquier otro delito considerado grave por la ley penal de cada estado de México.                      Leyes en materia de delincuencia organizada                      Etc..<sup>26</sup></p>	<p>A diferencia de la PPO, aquí NO recae en automático la privación de la libertad; primero se deberán ir justificando y acreditando con evidencias por el M.P que las “medidas cautelares” <u>son más idóneas y menos lesivas que la prisión</u>, y no al revés, por ejemplo:</p> <p>MEDIDAS CAUTELARES                      La presentación periódica ante el juez.                      La exhibición de una garantía económica;                      El embargo de bienes;                      La inmovilización de cuentas.                      La prohibición de salir sin autorización del país o de una la localidad.                      El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada.                      La prohibición de concurrir o acercarse ciertos lugares;                      La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse las víctimas o testigos.                      La separación inmediata del domicilio;                      La suspensión temporal de un cargo público o de determinada actividad profesional o laboral;                      Colocación de localizadores electrónicos;                      El resguardo en su propio domicilio.                      La prisión preventiva.<sup>27</sup></p>

De ello se destaca que casi el **50%** de las P.P.L **dura más de un año** en obtener **su sentencia**<sup>28</sup>, cuando legalmente la prisión preventiva NO puede durar más de dos años<sup>29</sup>, esto de acuerdo a la Constitución Mexicana, sin embargo, en la realidad es una falacia ya que como se

26. Ibidem Art 167.

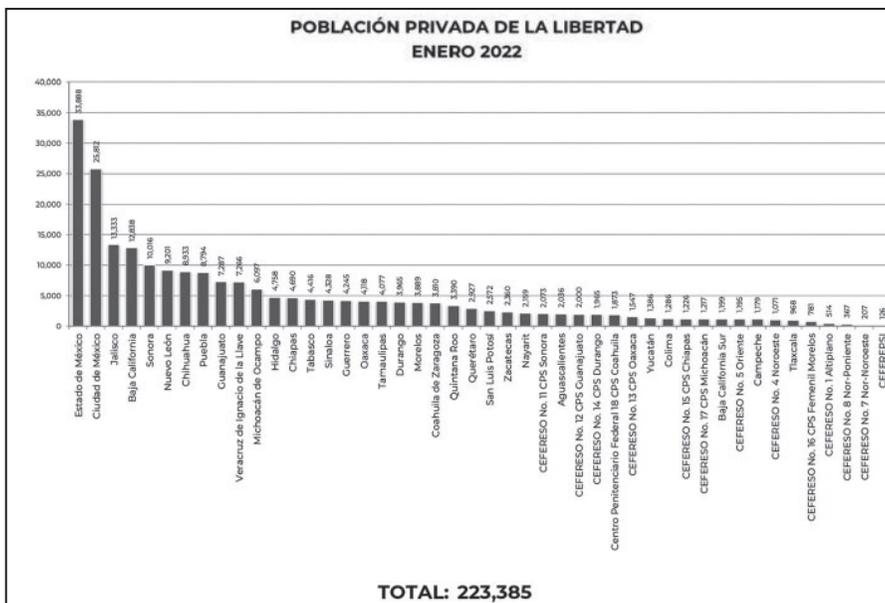
27. Idem. Art 65

28. ([https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enpol/2021/doc/enpol2021\\_presentacion\\_nacional.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enpol/2021/doc/enpol2021_presentacion_nacional.pdf))

29. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Const), artículo 20, Constitucional, fracción VII.

narró existen en México 93,188 personas se encuentran privadas de la libertad sin recibir sentencia. Con estos datos nos damos cuenta del grave problema que existe al establecerse a nivel constitucional, que la prisión oficiosa sea la regla general.

Gráfica 1. Población privada de la libertad.



Fuente: SSPC, PRS, Centros Penitenciarios Federales, Direcciones de Prevención y Readaptación Social en los Estados.  
 Elaboró: SSPC, Prevención y Readaptación Social; Ciudad de México, febrero de 2022.

### ¿La prisión preventiva en México es inconstitucional?

Nuestra postura al respecto, es que el concepto de prisión preventiva “oficiosa” dentro del artículo 19 constitucional si violenta el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia establecidos en el artículo 16 y 20, B, fracción I, por lo tanto es inconstitucional.

Esto es así porque de acuerdo a Robert Alexy para poder limitar el derechos humanos a la prisión oficiosa se debieron fijar los *parámetros de ponderación o restricción de derechos*, y el solo hecho de establecer un claustro de delitos por los cuales una persona deba estar en prisión, son limitaciones abusivas, arbitrarias y desproporcionales,<sup>30</sup>.

Por lo tanto para que fuera válido el concepto de prisión preventiva oficiosa previsto en el artículo 19 constitucional se debió satisfacer de acuerdo con Alexy por lo menos los requisitos ya enunciados: *a) admisibles;*<sup>31</sup> *b) necesarios;*<sup>32</sup> *c) proporcionales.*<sup>33</sup>

De no considerar lo anterior, creemos se trata a la persona como un objeto y no como un sujeto de derechos, se apreciación subjetiva se considera que actualmente a capricho de la constitución se ve humillada y degradada una persona que enfrenta su proceso penal.

Por ello Igualmente, coincidimos con María Elena Lugo Garfías<sup>34</sup> quién dice que el trato digno “es la prerrogativa que tiene toda persona a que se le permita hacer efectivas las condiciones jurídicas, materiales, de trato, acordes con las expectativas en un mínimo de bienestar reconocidas por el orden jurídico”.<sup>35</sup> Bajo estas premisas afirmamos que es inconstitucional la oficiosa con la que se desenvuelve la prisión en la constitución mexicana.

---

30. Tesis 1ª. CCXIII/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p.276.

31. Andrade Sánchez, Eduardo. et al., “El significado actual de la Constitución”, *Derechos Humanos y la Constitución*, México, UNAM, 1998, p.7. Ello posibilita incursionar al espacio de relación entre ambos planos que es la materialización de dichos principios comunes en un orden jurídico positivo.

32. Tesis 1a. CCXIII/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p.276.

33. Tesis 1a. XCIII/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, 16 marzo de 2015, p.1096.

34. Lugo Garfías, María Elena, *La dignidad y el trato digno como compromiso del Estado Mexicano*, México, UNAM, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos>.

35. Ídem

Como resultado de todo lo ya indicado, en el presente trabajo derivado de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México el pasado 27 de enero de 2023, se estableció que la prisión preventiva era inconvencional por la violación de los derechos a la integridad personal, libertad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial, contenidos en los artículos 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es decir no solo es inconstitucional sino también inconvencional.

La prisión preventiva oficiosa significa encarcelar a una persona durante su proceso sin que el juez de control pueda analizar si existe otra medida cautelar adecuada para garantizar los fines del proceso. Por ende, se sostiene que la porción normativa contenida en el artículo 19 que indica “el juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos...” formulada como regla, es inconstitucional

### *La propuesta*

Como se ha visto y afirmado México ha sido declarado responsable por usar el concepto “prisión oficiosa” para encarcelar a las personas que enfrentan su proceso penal, al respecto se considera existe una corresponsabilidad de los operadores en los procesos penales, por un lado tenemos al Ministerio público que se hace valer de estadísticas carcelarias donde tener a más personas en la cárcel significa (a sus ojos) que evita la impunidad. Por otro lado tenemos defensores que no combaten bajo los parámetros de Alexy, la inconstitucionalidad de la prisión; sumado a que los Jueces no quieren tener problemas al dejar a las personas en libertad dado que no tiene autonomía.

Todo ello se conjuga en una corresponsabilidad del Estado Mexicano, que a pesar de tener instrumentos metodológicos para decidir a la luz del principio pro persona si una norma puede ser inaplicada,

pareciera letra muerta.<sup>36</sup> Marína Gascón afirma que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso, mismo que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos. Así que la propuesta se convierte aquí, en una reflexión seria e imperiosa, es ¿viable y merecedor que si una persona es citada o detenida y llevada ante el Juez, se le aplique la prisión solo porque lo indica la constitución? ¿el trato que se les da a los que enfrentan y enfrentarán sus procesos penales se apega a la presunción de inocencia? ¿se ha hecho algo por parte de los operadores para contrarrestar todo lo narrado?

## Conclusiones

La reforma constitucional del 18 de junio del año 2008 reformó y adicionó diversos artículos de la Constitución Política Mexicana, donde estableció un “sistema procesal acusatorio” estableciendo la prisión oficiosa y destacando el principio a la presunción de inocencia.

La base de la reforma fue que las personas llevarán su proceso en libertad y como excepción, bajo prisión.

Bajo la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy los derechos humanos tienen excepciones, en el caso que nos ocupa es el límite a llevar un proceso penal en libertad es la prisión y para poder limitar los derechos humanos deben fijarse *parámetros de ponderación o restricción de derechos*, debiendo ser *a) admisibles b) necesarios; c) proporcionales*.

Actualmente existe una colisión entre el derecho a la presunción de inocencia y la obligación de aplicar la prisión de forma oficiosa.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado sentencias por violación al derecho a la presunción de inocencia, ha sosteni-

---

36. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis: P./J. 20/2014 (10a.)

do en diversos casos solo por citar uno solo el *Tibi vs. Ecuador*; *López Álvarez vs. Honduras*; y *Palamara Iribarne vs. Chile*, caso *Suárez Rosero vs Ecuador* en 1997, El caso *Radilla Pacheco* en 2009, y el caso *Cabrera García y Montiel Flores*, de 2010, indicando que para condenar a una persona y privarla de su libertad, la prisión preventiva, debe aplicarse como un límite necesario de forma “preventiva (atendiendo a la presunción de inocencia) y no como regla general;

Se ha destacado que un caso contrario a ello, necesariamente significaría anticipar una pena en contra de una persona”.<sup>37</sup>

La aplicación de la prisión preventiva en el año 2022 sumo un total de 223,385 personas privadas de la libertad.

La aplicación de la prisión preventiva de manera “oficiosa” dentro del artículo 19 constitucional si violenta el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia establecidos en el artículo 16 y 20, B, fracción I, por lo tanto es inconstitucional.

Esto es así porque de acuerdo a Robert Alexy para poder limitar el derechos humanos a la prisión oficiosa se debieron fijar los *parámetros de ponderación o restricción de derechos*, y el solo hecho de establecer un claustro de delitos por los cuales una persona deba estar en prisión, son limitaciones abusivas, arbitrarias y desproporcionales<sup>38</sup>.

Bajo la figura de la P.P.O se impide que se analicen las medidas cautelares, es decir si una persona puede enfrentar el proceso en prisión preventiva por representar un riesgo de fuga, de obstaculización de la investigación, o para la víctima, ofendidos o testigos. Por ende, la defensa no tiene la oportunidad de convencer a la autoridad judicial de que no la aplique y la sustituya por medidas cautelares en libertad.

---

37. Este criterio ha sido citado sin ninguna adición o modificación en diversas sentencias, tales como las dictadas en el *Caso Tibi vs Ecuador* del año 2004 en el párrafo 180, y *Caso Acosta Calderón vs Ecuador*, año 2005, en el párrafo 111.

38. Tesis 1ª. CCXIII/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p.276.

Bajo las actuales directrices establecidas en el artículo primero constitucional, es válido implicar la P.P.O.

México es responsable internacionalmente por usar la prisión preventiva oficiosa.

## **Bibliografía**

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Semanario Judicial de la Federación.

Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, CIDH, diciembre 2013, p

Contradicción de tesis 293/2011.

[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_470\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_470_esp.pdf)

[https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/const\\_1857.pdf](https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf), <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2802/8.pdf>

<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>.

[https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/708057/CE\\_2022\\_01.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/708057/CE_2022_01.pdf)

[https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enpol/2021/doc/enpol2021\\_presentacion\\_nacional.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enpol/2021/doc/enpol2021_presentacion_nacional.pdf)