

## La prisión preventiva oficiosa no transgrede el principio de la presunción de inocencia

*Juan Antonio Castillo López\**

**E**n México, a últimas fechas, se han generado por doctri-  
narios, litigantes, impartidores de justicia e instituciones  
en pro de los derechos humanos, posiciones encontradas  
sobre el tema de la prisión preventiva. Al respecto, existe un  
sector que justifica, y hasta reclama, la continuación de su  
ejecución por la gravedad de la conducta ilícita atribuible al  
imputado con la finalidad de que no se sustraiga de la acción  
de la justicia; de no entorpecer el perfeccionamiento de la  
investigación, y lo más importante, que se proteja no solo a la  
víctima u ofendido y a los testigos, sino también a la sociedad,  
con independencia de tener pleno conocimiento de la existen-  
cia de otras medidas cautelares que pudiera imponer el juz-  
gador.

El otro sector alude a que la aplicación de la prisión pre-  
ventiva oficiosa transgrede el derecho humano de la presun-  
ción de inocencia y, por ende, es discordante con las caracte-  
rísticas que actualmente se reconocen al proceso penal de  
ser garantista y protector de los derechos del imputado. Con-

---

\* Doctor en Derecho, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho UAM-A.

secuentemente, privarlo de su libertad, manifiesta Ferrajoli, por la sola presunción de peligrosidad basada en la sospecha del delito cometido, equivale más bien a una presunción de culpabilidad y a la aplicación de una condena anticipada.<sup>1</sup>

Cabe señalar que la privación preventiva de la libertad del imputado decretada por el juzgador no solo es producto de las reformas integrales que instituyeron las bases del nuevo sistema procesal penal acusatorio, sino que ya se imponía en México una vez perfeccionada la averiguación previa en el proceso penal mixto y tradicional, imperante desde la reforma del 8 de marzo de 1999,<sup>2</sup> en cuyo artículo 16 constitucional se precisaron los elementos específicos que se tenían que acreditar para librar el auto de formal prisión, al prescribir que la autoridad judicial podría expedir una orden de aprehensión en virtud de la denuncia o querrela de un hecho señalado como delito y sancionado con pena privativa de libertad, y concurrieran argumentos que tuvieran por verificados el cuerpo del delito y la posible responsabilidad del indiciado.

---

<sup>1</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, apud Rodrigo Rivera Morales, *Actos de investigación y prueba en el proceso penal*, México, Flores, 2016, p. 62.

<sup>2</sup> La averiguación previa, que tenía como objetivo comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de imputado, se venía aplicando en México desde la Constitución de 1917. Fue mediante una reforma realizada en 1993 cuando se cambió la denominación de cuerpo del delito por el de los elementos del tipo penal, para que, en 1999, una vez más se reformara la Constitución para volver a instaurar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad en su artículo 16.

## La averiguación previa

Las actividades realizadas en la averiguación previa por el Ministerio Público seguían obligatoriamente un procedimiento sistemático acorde con los instrumentos jurídicos aplicables para allegar los datos de convicción apropiados y determinar si ejercitaba la acción penal consignando al imputado ante el juez penal. Dicha investigación, para evitar que fuera cuestionada por estimarla contraria a derecho, tenía invariablemente que ser objetiva, minuciosa y metódica. La imputación directa de la víctima u ofendido señalando al perpetrador de la conducta delictiva, la declaración de este, de los testigos bajo protesta de decir verdad, las inspecciones ministeriales, la reconstrucción de hechos, los peritajes, las confrontaciones y los cateos eran algunas de las constancias que la integraban con la finalidad de comprobar el cuerpo del delito, lo que era posible cuando se demostraran los elementos que integraban la descripción de la conducta o hecho delictuoso prescritos por la ley penal, y se derivaran de la indagatoria datos suficientes para tener por acreditada la probable responsabilidad del inculcado por no existir alguna causa de licitud a su favor.<sup>3</sup>

Por consiguiente, el pliego de consignación del Ministerio

---

<sup>3</sup> Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicado el 29 de agosto de 1931 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada en *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, el 28 de enero de 2005. Artículo 122.

Público contenía la valoración de las pruebas que integraban la indagatoria, el juicio de tipicidad y la demostración de la probable responsabilidad en donde, según Cesar Augusto Osorio y Nieto,<sup>4</sup> se tendría que analizar y comprobar la condición de imputable del sujeto activo; la forma de culpabilidad, dolo o culpa; forma de autoría o participación; no actualización de alguna causa de exclusión del delito o extinción de la responsabilidad penal para, finalmente, en los puntos resolutorios exponer con claridad que se ejercitaba la acción penal en contra del probable responsable, y requerir la orden de aprehensión o comparecencia, o, en su caso, la ratificación de la detención para que siguiendo los trámites correspondientes le fuera tomada la declaración preparatoria y se le dictara el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Si el imputado era consignado ante el juez penal, con fundamento en el artículo 19 constitucional, se contaba con un plazo de setenta y dos horas para determinar su situación jurídica y justificar la detención con el auto de formal prisión por haber instaurado un delito sancionado con pena privativa de libertad; auto en el que se expresaba el delito que se le imputaba, así como el lugar, tiempo y circunstancias de la ejecución, y los elementos que precisara la averiguación previa que demostraran los antecedentes imprescindibles para

---

<sup>4</sup> Cesar Augusto Osorio y Nieto, *La averiguación previa*, 17a ed., México, Porrúa, 2007, p. 32.

llegar al convencimiento de la perpetración de un delito que comprobaran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Y, lo más importante, para que no fuera cuestionado el dictado de este auto, se expresaba con diversa jurisprudencia definida que no se estaba privando definitivamente de la libertad al encausado, sino que sólo se le aseguraba en forma preventiva para fines procesales con la finalidad de impedir que se fugara u ocultara y se paralizara la marcha del procedimiento.<sup>5</sup>

### **La carpeta de investigación**

Ahora, con las reformas integrales que establecen las bases para regular el sistema procesal penal acusatorio, del 18 de junio de 2008, el Ministerio Público seguirá efectuando las mismas actividades en la investigación de los delitos, pero ya no a través de la averiguación previa, sino de la carpeta de investigación, en donde surjan datos que establezcan que se ha cometido un hecho señalado como delito sancionado con pena privativa de libertad, y que además exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, según se desprende del tercer párrafo del artículo 16 constitucional vigente.

---

<sup>5</sup> Volumen 127-132. Ejecutoria, Sexta Parte, pág. 31. Amparo en revisión 440/79. Antonio Fernández Castillero y coags. 10 de octubre de 1979. Segundo Tribunal Colegiado del Tercer Circuito.

De tal manera que, como fue antes, será en estos tiempos, aunque con menos formalismos y tecnicismos, porque es esta institución la que tiene la función de indagar objetiva y profesionalmente sobre la ejecución de los delitos en su carácter de representante social. Y lo hará con todo el material que hemos puntualmente detallado en la integración de la carpeta de investigación que le sirva de sustento para consignar al imputado; eso sí, con estricto apego a derecho y respetando todo tipo de garantías constitucionales, incluso de tratados internacionales mientras no contravengan nuestra norma fundamental.

Así las cosas, será el juez de control quien dictará, ya no un auto de formal prisión, sino uno de vinculación al proceso en el que se expresará el delito que se le atribuye al imputado, el lugar, tiempo y circunstancias de realización con fundamento en el artículo 19 constitucional. Y de acuerdo con el segundo párrafo de este numeral, será el Ministerio Público el que podrá solicitar al juzgador que decrete la prisión preventiva justificada, siempre y cuando las medidas cautelares enlistadas en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales no sean suficientes para garantizar la presencia del imputado en el juicio. Pero lo más importante es que, en la segunda parte del párrafo en comento de este artículo constitucional, es al juez de control al que le corresponde ordenar la prisión preventiva oficiosa cuando en la carpeta de investiga-

ción se encuentre señalado un delito de los catalogados como graves.

### **La presunción de inocencia**

Es el artículo 20, apartado B, fracción I de la Constitución, el que prescribe la presunción de inocencia como derecho subjetivo del imputado ante la realización de cualquier delito, y cumplirá con su objetivo hasta que exista prueba en contrario y que además sea declarada su responsabilidad por un juzgador mediante sentencia pasada por la autoridad de cosa juzgada; juicio en donde se deberán cumplir con los principios de publicidad, oralidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación que garanticen que el imputado no sea condenado de forma arbitraria.

Es precisamente con este fundamento jurídico que una gran cantidad de investigadores, litigantes e instituciones nacionales e internacionales en defensa de los derechos humanos han declarado que, en aras de la presunción de inocencia, no se le debe dictar al imputado la prisión preventiva justificada, ni mucho menos la oficiosa, por tratarse de una condena anticipada emitida por el juzgador. Y esto se debe a que estas personas e instituciones han equiparado el principio de presunción de inocencia con la libertad del inculpado, considerado al acto de su aplicación como inconstitucional, exigiendo sea erradicada de nuestro sistema jurídico penal a

través del proceso reformativo correspondiente.

Los que apoyan su cumplimentación declaran que no se deberá abrir el proceso reformativo por no ser una cuestión, como dijera Ignacio Burgoa, que la realidad social reclame imperativa e inaplazablemente su modificación o adición, pues tal pretensión no es más que un mero subterfugio para encubrir, tras la apariencia de una norma jurídica, todo propósito espurio, antisocial o demagógico,<sup>6</sup> insistiendo que este silogismo que equipara la presunción de inocencia con la libertad del imputado no debe repercutir en la norma fundamental, y solo se le debe dar el tratamiento y valor de un argumento meramente doctrinario, incluso legal, pero con tintes estrictamente políticos.

Sin embargo, lo que sí está ordenado en la Constitución, con fundamento en el artículo primero, es que ciertamente todas las personas gozarán de los derechos humanos que reconoce, así como los provenientes de los tratados internacionales y de las garantías instituidas para su protección. Y únicamente podrán restringirse o suspenderse bajo las condiciones que la propia Constitución establezca. Una de esas restricciones especiales es a los derechos de libertad personal y presunción de inocencia, que están prescritos en el artículo 18 constitucional, al permitir de manera eminentemente

---

<sup>6</sup> Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 30 ed., México, Porrúa, 1998, pp. 618-619.

excepcional la prisión preventiva en los delitos que merezcan pena privativa de libertad.<sup>7</sup>

De tal manera que, al concurrir en la carpeta de investigación, cuando haya elementos que demuestren la realización de un hecho delictivo con la probabilidad de que el imputado lo ejecutó o participó en su comisión, se le decretará la prisión preventiva. Será, con fundamento en el artículo 19, segundo párrafo constitucional, cuando el Ministerio Público solicite la correspondiente a la prisión preventiva justificada para garantizar la presencia del imputado en el juicio, se pueda perfeccionar la investigación y se proteja a la víctima, los testigos y la sociedad. Y al juez de control se le otorgará la facultad para ordenar la prisión preventiva oficiosa en los delitos que, por su gravedad, enlista este dispositivo y que generen pena privativa de libertad.

---

<sup>7</sup> Prisión preventiva que se ha aplicado en México desde prácticamente la vigencia de la Constitución de 1917, por lo que no se puede concebir que, bajo el argumento que, si el derecho nacional junto con los derechos humanos han evolucionado, hay que cambiar de paradigma.