

Auto de vinculación a proceso y prisión preventiva

Luis ARRIAGA VALENZUELA
Simón Alejandro HERNÁNDEZ LEÓN

La justicia, la igualdad del mérito, el trato respetuoso
del hombre, la igualdad plena de derechos, eso es la
revolución.

José Martí

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El juez de control en el proceso penal.* III. *Auto de vinculación a proceso.* IV. *Prisión preventiva.* V. *El artículo 19 constitucional y los estándares internacionales de protección de derechos fundamentales.* VI. *El principio de proporcionalidad como criterio judicial de determinación de derechos.* VII. *Conclusiones.*

PALABRAS CLAVE: Auto de vinculación a proceso; prisión preventiva; reforma de justicia penal; sistema acusatorio, adversarial y oral; presunción de inocencia; principio de proporcionalidad; jueces de control o de garantías; principio de proporcionalidad; principio *pro persona*.

I. Introducción

Para exponer el alcance de las disposiciones contenidas en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o "Constitución") y la manera en que éstas revolucionan el control jurisdiccional en el auto de vinculación a proceso y en la prisión preventiva, es preciso contextualizar la reforma constitucional de 2008 en materia penal. Como es sabido, en ella se estableció un nuevo sistema de justicia penal de carácter acusatorio, adversarial y oral que está llamado a representar una transformación en la manera de impartir justicia en el país.

En el presente artículo, proponemos desarrollar los nuevos paradigmas inmersos en el auto de vinculación a proceso y en la prisión preventiva. El artículo 19 constitucional introduce, mediante ambas figuras jurídico-procesales, cambios profundos respecto al sistema mixto que prevaleció por décadas. Al mismo tiempo, modifica sustancialmente el quehacer jurisdiccional dotándolo de una centralidad específica fundada en un papel proactivo de los jueces.

La arquitectura constitucional que establece el sistema de justicia penal se ve complementada por las recientes reformas en materia de derechos humanos. La modificación al artículo 1o. de la Constitución implica la elevación a rango constitucional de los tratados internacio-

nales en la materia, confirmando así, el carácter preferente de los derechos fundamentales en el orden jurídico mexicano y la intención de dotarlos de plena eficacia mediante el desarrollo constitucional de un principio material o de garantía.

La validación explícita de las normas, las fuentes y los principios de derechos humanos como parámetros de control de constitucionalidad, sin ser dispositivos desarrollados en el texto constitucional, pero que son elementos que lo integran por el acto soberano estatal de reconocimiento en la propia Constitución de los instrumentos del *corpus iuris* de derechos humanos, ha sido definido como *bloque de constitucionalidad*.¹

Por otra parte, el marco constitucional impone obligaciones directas a los órganos jurisdiccionales al disponer la forma en que debe hacerse la interpretación de los derechos fundamentales: *conforme* a la Constitución y a los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de las personas. Este principio hermenéutico ha sido definido como principio *pro personae*.²

Estas obligaciones constituyen criterios de interpretación y aplicación de los derechos humanos que buscan maximizar el umbral de protección a las personas. A la luz del principio *pro personae* (también llamado *pro homine*) el derecho –y las determinaciones judiciales– deben interpretar y aplicar las normas de forma tal que resulten más favorables al justiciable o, menos lesivas en los casos de restricciones de derechos fundamentales.³

De forma reciente y siguiendo una línea jurisprudencial que incorpora esta línea de interpretación, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o "Suprema Corte") ha establecido que todos los jueces del Estado mexicano se encuentran obligados a realizar un efectivo control de constitucionalidad-convencionalidad. Esto significa realizar

¹ Rodrigo Uprimny establece al menos tres acepciones sobre el bloque de constitucionalidad: 1) las normas de jerarquía constitucional; 2) las normas que operan como parámetro de constitucionalidad de leyes, y 3) las normas constitucionalmente relevantes para la resolución de casos concretos. Cfr. Uprimny Yepes, Rodrigo, "El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal" en: *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, volumen 1*. Colombia, OACNUDH, 2002.

² Para José Luis Caballero Ochoa, estos parámetros "constituyen análisis sustantivo de constitucionalidad" en cada caso sometido a deliberación e interpretación de derechos, Cfr. Caballero Ochoa, José Luis, "La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución", en Carbonell, Miguel (coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*. México, Porrúa/IIJ-UNAM, 2012.

³ Este principio es: "el criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria." Pinto, Monica, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Abregú, Martín, y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

una interpretación *conforme* a los más altos estándares de derechos humanos contenidos en la norma suprema y los tratados internacionales (en sentido amplio y estricto), o en su defecto, dejar de aplicar aquellas normas del orden normativo mexicano que contravengan las disposiciones constitucionales o aquellas derivadas de los convenios y pactos en materia de derechos humanos.⁴

Las pautas hermenéuticas que desarrolla la SCJN se desprenden de las condenas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o "Corte Interamericana") contra el Estado mexicano en los casos Radilla Pacheco,⁵ Inés Fernández,⁶ Valentina Rosendo,⁷ y Cabrera y Montiel.⁸ Esta línea jurisprudencial confirma que todos los órganos jurisdiccionales deben realizar un control *efectivo* de convencionalidad en concordancia con el deber de garantía a los estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH o "Convención Americana") que vela porque las disposiciones de derecho interno no afecten la aplicación del mencionado instrumento internacional.⁹

De esta manera, la actuación de las y los jueces orientada por el *garantismo* tiende a consolidar, bajo estas pautas de interpretación y operación, un verdadero Estado democrático y de Derecho en el que los derechos humanos operan como el límite de la acción estatal.¹⁰

⁴ Tesis: P. LXVIII/2011 (9a.), PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 551. Reg. IUS. 160526; Tesis: P. LXIX/2011 (9a.), PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 552. Reg. IUS. 160525; Tesis: P. LXVII/2011 (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 535. Reg. IUS. 160589. Asimismo la Primera Sala ha confirmado estos criterios en jurisprudencia. Suprema Corte de Justicia de la Nación Tesis: 1a./J. 18/2012 (10a.), CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, p. 420. Reg. IUS. 2002264.

⁵ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339.

⁶ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr.237.

⁷ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 220.

⁸ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225.

⁹ En el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte Interamericana estableció por vez primera la obligación de los jueces nacionales de los estados parte de la CADH de aplicar un efectivo control de convencionalidad sobre las normas jurídicas internas que apliquen en los casos concretos. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

¹⁰ "El fundamento político o externo del moderno estado de derecho está en efecto en su función de garantía de los derechos fundamentales mediante la sanción de la anulabilidad de los actos inválidos: de las leyes, por violación de las normas constitucionales; de los actos administrativos y decisiones judiciales, por violación de las leyes constitucionalmente válidas". Para Ferrajoli, éste sería el fundamento extrajurídico de legitimación del orden estatal.

Consecuentemente, la función jurisdiccional se convierte en el campo de determinación de la acción del Estado mediante la realización, en todos los casos sometidos a su jurisdicción, de un control efectivo e integral de constitucionalidad. Nuestra hipótesis afirma que el rol de las y los juzgadores adquiere un valor superlativo en la delimitación de derechos fundamentales dentro del proceso penal y en el control del poder punitivo del Estado, mediante la vigencia del principio de proporcionalidad en cada determinación sometida a su jurisdicción.

Asimismo, se busca contrastar el desarrollo normativo y jurisprudencial de estas figuras respecto a los estándares internacionales que permitirá evidenciar fortalezas y debilidades en la implementación del sistema acusatorio y ubicar su realidad específica, el nivel de avance y los retos a enfrentar en la construcción de un nuevo sistema de justicia social y de un Estado Democrático y de Derecho.

II. El juez de control en el proceso penal

Para entender las disposiciones contenidas en el artículo 19 constitucional, es preciso abundar en las facultades y obligaciones que adquieren las y los juzgadores en el nuevo sistema penal y la centralidad que su función reviste, no sólo en el juicio oral, sino en las fases previas al mismo. Para ello, repasaremos la función esencial del juzgador.

¿Qué es un juez? Una proposición clásica afirma que es aquel quien dice qué es el derecho. No lo crea, sino lo aplica e interpreta como expresión concreta de su potestad jurisdiccional. Sin embargo, esta proposición es limitada. Las y los jueces tienen un papel fundamental en una democracia constitucional: les corresponde en última instancia no sólo decir qué es el derecho, sino garantizarlo, hacer efectivo el ordenamiento constitucional y constituirse como el límite de la actividad estatal.

Gustavo Zagrebelsky afirma que "la verdadera democracia es la democracia de los jueces".¹¹ Tal afirmación nos parece exacta en la dimensión que tienen sobre el control del poder. Una verdadera democracia requiere de un papel proactivo en el campo judicial, teniendo como fin último de su existencia los derechos fundamentales.¹² La inversión axiológica es notable:

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría General del garantismo penal*, título original: *Diritto e ragione*, trad., Andrés Ibáñez, Perfecto (*et al.*). Valladolid, Trotta, 1995, p. 857.

¹¹ Citado por Santiago, Alfonso, "Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo", *Dikaion*, Colombia, volumen 22, núm. 17, Universidad de la Sabana, p. 141.

¹² La capacidad para alcanzar la verdad, el papel de garantía de los derechos fundamentales y el garantismo son para Ferrajoli las fuentes de legitimidad de la actividad jurisdiccional. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*. México, INACIPE, 2012.

la función judicial opera para contener el ejercicio arbitrario del poder político y toda tentación de socavar el Estado de Derecho. En suma, una jurisdicción plena, autónoma, independiente y garante de los intereses, no de los poderes constituidos, sino de la sociedad.

Por lo anterior, el juez de garantía o juez de control creado para el nuevo sistema de justicia penal, mediante la modificación del artículo 16 constitucional, tiene una función de grado superlativo. En torno a su potestad jurisdiccional circundan actores y valores jurídicos del más alto nivel como la libertad personal y el conjunto de derechos del imputado, los intereses y derechos de las víctimas y ofendidos y el buen desarrollo del proceso penal. En síntesis, el juez de control debe asegurar el acceso verdadero y pleno a la justicia para todos los sujetos procesales y para la propia sociedad.¹³ De esta forma asume una función que armoniza la vida de la comunidad política.

El juez de garantía ejerce una función de control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad sobre la determinación de los derechos de las partes.¹⁴ Según Salvador Valencia, al extender la intervención de los aspectos de legalidad a los derechos fundamentales, dichos juzgadores ejercerían una función preventiva y otra complementaria al juicio de amparo, constituyéndose en auténticos jueces constitucionales.¹⁵

III. Auto de vinculación a proceso

El auto de vinculación a proceso es una fase previa al juicio oral. Forma parte de la etapa de investigación en la que el imputado es informado de que existen hechos por los cuales la autoridad ministerial realiza una investigación sobre su persona y se autoriza la apertura de un periodo de investigación formalizada. En él, pueden imponerse medidas cautelares de carácter real o procesal para garantizar los fines del proceso, que es la emisión de una sentencia.

El artículo 19 constitucional transformó el llamado auto de término constitucional del sistema de justicia mixto; éste, que en su denominación más popular –"auto de formal prisión"–

¹³ Para un tratamiento analítico que problematice sobre la creación de los jueces de control, *cf.* García Ramírez, Sergio, *La reforma constitucional en materia penal (Jornadas de Justicia Penal)*. México, INACIPE, 2009; también, Castillo Garrido, Salvador, *Los jueces de control en el sistema acusatorio en México*. México, UNAM, 2012.

¹⁴ Sobre la función relativa al control de la investigación, se judicializa el control en medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación así como las determinaciones legales del Ministerio Público como la reserva, el no ejercicio de la acción penal o la suspensión del procedimiento. Sobre la función relativa a la limitación de derechos fundamentales el juez de control interviene en la calificación de la detención, la vinculación a proceso, la imposición de medidas cautelares, la orden de aprehensión y la determinación de juicio oral en la audiencia intermedia. Asimismo, asegura los derechos de las víctimas y ofendidos mediante su intervención activa de forma directa o mediante la coadyuvancia.

¹⁵ Castillo Garrido, Salvador, *Los jueces de control...*, *op. cit.*

denotaba una esencia que se alejaba de una ideal garantista del proceso penal, ha sido sustituido por el auto de vinculación a proceso. La distinción sin embargo no es sólo de orden semántico. Por una parte, se modifica el estándar probatorio. En su determinación ya no es necesario acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal. Esto implica la transformación de la calificación jurídica en una de orden fáctico en la que más que el delito se requiere probar la existencia de un *hecho* que la ley penal señale como delito y que existan *datos* y elementos sobre la probabilidad de que el imputado participó en su comisión o lo cometió.

Existen posiciones analíticas encontradas sobre este punto. Algunos autores consideran que se reduce el parámetro probatorio tanto para la emisión de la orden de aprehensión como para el auto de vinculación a proceso.¹⁶ También se afirma que esto puede conducir a que se lesionen derechos fundamentales al tener un nivel más laxo para conceder las peticiones del órgano de investigación.¹⁷ Si bien coincidimos con el cambio de estándar, ello no implica, en nuestra opinión, diluir el control judicial; por el contrario, a partir de este nuevo estándar surgen como correlato obligaciones específicas para el juzgador en el momento de determinar si emite o no la vinculación a proceso motivado por el cambio de la lógica del proceso penal.

El análisis del texto constitucional y las legislaciones procesales de las entidades federativas que han implementado el sistema acusatorio permite establecer que para su emisión se requiere satisfacer los siguientes extremos:

- A) Que se haya formulado imputación.
- B) Que el imputado haya sido informado de su derecho a declarar y a la no autoincriminación y haya expresado si desea declarar o reservarse.

¹⁶ Al respecto García Ramírez señala que: "Una perspectiva menos garantista –o francamente autoritaria–, como la que campea en diversos extremos de la RC (sic), llega a otras conclusiones: facilitar la limitación de los derechos de los ciudadanos, sin someterla a prueba clara, amplia y suficiente sobre la existencia de un delito imputable, así sea en grado de probabilidad, a la persona cuya libertad se afecta. Sobra ponderar las consecuencias que en nuestro medio puede tener esa laxitud", en García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*. México, Porrúa, 2008, pp. 46-47.

¹⁷ Esta posición –cuya preocupación fundada se comparte– suele tener como marco de referencia el papel histórico del Ministerio Público, su falta de profesionalización y de capacidades de investigación, la falta de independencia respecto al Poder Ejecutivo, entre otras deficiencias estructurales que han caracterizado al órgano de investigación en el país. Estas problemáticas deben, si no erradicarse automáticamente, disminuir en la medida en que el control judicial resulte un efectivo y riguroso contrapeso y fundamentalmente, un mecanismo de limitación de los actos lesivos de derechos fundamentales.

- C) Se establezca las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ejecución del hecho.
- D) De los antecedentes de la investigación se desprenda datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.
- E) No se encuentre demostrada, más allá de toda duda razonable, una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de responsabilidad penal.

Los requisitos se dividen, según criterio del Poder Judicial de la Federación, en requisitos de forma, los tres primeros, y requisito de fondo, los dos últimos.¹⁸

Por tanto, atendiendo a las directrices emanadas del sistema de justicia penal, el juzgador adquiere un papel relevante que implica un control judicial estricto que respete además, el principio de horizontalidad y de igualdad de armas entre las partes.¹⁹ En este sentido, una diferencia radical con el sistema mixto es que el juez determina su resolución a partir del debate oral y no de la carpeta de investigación. Al no ser conocida por el juez de garantía, se evita prejuzgar sobre la conducta o realizar un análisis probatorio de su contenido.²⁰ Para tal efecto, el juzgador debe realizar un ejercicio de ponderación entre los argumentos orales esgrimidos por las partes, garantizando con ello la oralidad del proceso, la contradicción y la inmediación.

¹⁸ Tesis: XVII.1o.PA. J/26 (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. ELEMENTOS DE FORMA Y FONDO QUE DEBE CONTENER DE ACUERDO CON LOS ARTÍCULOS 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 280 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 3, p. 1940. Reg. IUS. 160331.

¹⁹ Ver: Arriaga Valenzuela, Luis, *Sistema de Procuración de Justicia y Derechos Humanos*. El Cotidiano 2008, 23 (Julio-Agosto).

²⁰ Esta regla genérica admite excepciones. Existen disposiciones legales y criterios que habilitan el desahogo de prueba en ausencia del juez. Ver: Tesis: XVII.1o.PA.64 P (9a), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUEZ DE GARANTÍA, EL TRIBUNAL DE APELACIÓN, LOS JUECES DE DISTRITO Y LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, AL MOMENTO DE DICTARLO O ANALIZARLO, ÚNICAMENTE DEBEN ATENDER A LOS DATOS DE INVESTIGACIÓN QUE REFIERA EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA AUDIENCIA RELATIVA Y A LAS PRUEBAS QUE SE DESAHOGUEN EN ELLA, SIEMPRE QUE NO SE ESTÉ EN ALGUNO DE LOS SUPUESTOS DE EXCEPCIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, Octubre de 2010, p. 2899. Reg. IUS. 163687. Estimamos problemática esta tesis que permite, por ejemplo, la admisión en las etapas previas y en el juicio de la declaración ministerial del imputado. Ello quebranta el principio de inmediación y posibilita nuevamente la generación de prueba por parte del Ministerio Público. Toda actuación que implique violaciones graves a derechos fundamentales debe dar lugar al traslado de la carga de legalidad de la actuación al Ministerio Público y a la apertura de la carpeta de investigación por parte del juzgador si se pretende un control efectivo que impida actuaciones arbitrarias. Máxime cuando las disposiciones legales que limiten o restrinjan derechos humanos deben ser interpretados en forma restrictiva.

En el auto de vinculación a proceso se restringe la formalización de la prueba como la existente en la anterior averiguación previa, donde el Ministerio Público actuaba en un doble carácter de parte y autoridad.

En el nuevo sistema, para decidir sobre la vinculación el juzgador debe emplear un grado de razonabilidad²¹ a partir de la ponderación y contraste entre lo expuesto por la representación Social –quien detenta la carga de la prueba– y por la defensa o por el indiciado en vía de réplica, teniendo como normas rectoras la legalidad (la cita de hechos tipificados como delitos y datos de información); la ponderación (entre las versiones y la información que pueda confirmarlas); la proporcionalidad, lo adecuado y lo necesario (de los datos aportados por las partes); asegurando con ello el interés del Estado en la impartición de justicia y la salvaguarda de los derechos de las partes.

La valoración razonable se vincula al deber de fundar y motivar adecuadamente la determinación judicial. Esto implica que el juzgador no puede limitarse a la enunciación genérica de los datos de la carpeta de investigación, sino que debe justificarlos y ponderarlos de forma pormenorizada, exponiendo de manera particular el alcance y peso de cada uno de los datos de investigación, estableciendo cómo se acredita con cada uno, tanto la existencia del hecho ilícito como la posible participación.²²

Además, las y los jueces de garantía deben tomar en cuenta los elementos de prueba desahogados en su presencia. En este aspecto, más que al nivel de prueba como valor intrínseco que tenía lo actuado en la averiguación previa en el anterior sistema, se deberá atender al grado de certeza que genere la exposición oral de las partes y la convicción que produzca la prueba de forma directa. Para tal efecto, habrá que considerar que opera en favor del

²¹ La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia dotó de contenido a la razonabilidad al señalar que esta: "[T]iene que ver con el examen de las razones; en el ámbito de las decisiones judiciales actúa como un factor de justificación, supone un juicio de valor por parte del juzgador para fundamentar y justificar correctamente sus determinaciones y arribar a decisiones que eviten el subjetivismo." En este sentido, un adecuado ejercicio de razonabilidad se verifica determinando que "los datos sean idóneos, pertinentes, legalmente obtenidos y suficientes"; y analizando "la legalidad, la ponderación y la proporcionalidad de los datos existentes". Contradicción de Tesis 17/2012. Sentencia definitiva 9 de mayo de 2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=135220>>(19 de junio de 2013), pp. 126 y 128.

²² Tesis: XVII.1o.P.A. J/25 (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EN SU DICTADO NO ES NECESARIO ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS) Y JUSTIFICAR LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INCUPLADO, SINO QUE SÓLO DEBE ATENDERSE AL HECHO ILÍCITO Y A LA PROBABILIDAD DE QUE EL INDCIADO LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 3, p. 1942. Reg. IUS. 160330; Tesis: XVII.1o.P.A.62 P (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUZGADOR, AL RESOLVER SOBRE SU PROCEDENCIA, DEBE ABSTENERSE DE ESTUDIAR LOS DATOS DE LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN Y, EN SU LUGAR, VALORAR LA RACIONABILIDAD DE LOS ARGUMENTOS DE LOS CONTENDIENTES (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXII, Octubre de 2010, p. 2900 Reg. IUS. 163686.

imputado la presunción de inocencia que como garantía constitucional, regla de prueba y regla de tratamiento, informa todo el proceso penal. Cualquier insuficiencia o duda deberá dar lugar a la no vinculación a proceso.

Lo anterior no significa impunidad ni laxidad judicial, implica que el Ministerio Público está obligado a asumir su carácter de órgano técnico y satisfacer el estándar constitucional. Sin colmar los extremos exigidos, el juez no deberá conceder la vinculación a proceso ya que lesionaría gravemente los derechos fundamentales del imputado, particularmente la libertad personal. Ello con independencia de que se dicte una medida cautelar como la prisión preventiva.²³

IV. Prisión preventiva

La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional. Su finalidad es garantizar la presencia del imputado en un eventual juicio oral. Subsidiariamente pretende evitar afectaciones en el desarrollo de la investigación o que se coloque en riesgo a las víctimas. Sin embargo, históricamente la prisión preventiva ha sido desnaturalizada y en México ha operado no como medida cautelar de *ultima ratio*, sino como una pena anticipada.²⁴

La reforma al artículo 19 constitucional dispone el establecimiento de un carácter de excepcionalidad para dicha medida. El Ministerio Público sólo puede solicitarla cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado, el desarrollo de la investigación, la protección a las víctimas, los testigos o la comunidad; así como en los casos en que exista otro proceso o una sentencia firme por delito doloso.²⁵

²³ Tesis: II.2o.P.284 P (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO. LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL, AL ANALIZAR DICHA DETERMINACIÓN, PUEDE REITERAR LOS CRITERIOS DE AFECTACIÓN A LA LIBERTAD PERSONAL EMITIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ANTES DE LAS REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, p. 4296. Reg. IUS. 160455.

²⁴ Para un tratamiento analítico profundo de este problema Cfr. Zepeda Lecuona, Guillermo, *Los mitos de la prisión preventiva en México*. 2a. edición, México, Open Society Justice Initiative, 2010.

²⁵ Consideramos que el último supuesto afecta al imputado porque remite al derecho penal de autor, al imponer automáticamente la prisión preventiva por un hecho distinto al que se pretende juzgar: "El modelo del autor asume que las características personales del inculpado son un factor que se debe considerar para justificar la imposición de la pena. Al sujeto activo del delito (que en esta teoría suele ser llamado delincuente) puede adscribirse la categoría de persona desviada, enferma, desadaptada, ignorante, entre otros calificativos. Esta categorización no es gratuita: cumple la función de impactar en la imposición, el aumento o el decremento de la pena; incluso permite castigar al sujeto por sus cualidades morales, su personalidad o su comportamiento precedente frente a la sociedad" en Tesis: 1a. CCXXXVII/2011 (9a.), DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 198. Reg. IUS. 160693.

Tomando en consideración la intervención mínima del derecho penal y la menor lesión o afectación de derechos fundamentales, esta medida se justifica como un mecanismo para garantizar el desarrollo del proceso, sin embargo debe mantener su condición de *ultima ratio*.

En dicha medida convergen los derechos de la víctima y del imputado en un mismo plano axiológico, así como el interés de la comunidad política y del Estado en el desarrollo de la justicia como uno de los fines de su existencia. Por ello, el juzgador adquiere una responsabilidad superlativa en el momento de determinar la imposición o no de una medida cautelar de esta naturaleza.

V. El Artículo 19 Constitucional y los estándares internacionales de protección de derechos fundamentales

Tanto el auto de vinculación a proceso como la prisión preventiva, al ser actos procesales que afectan derechos fundamentales, deben satisfacer estándares mínimos de protección judicial. Esta limitación a la intervención estatal deriva de la observancia de la Constitución y de los tratados internacionales. Si bien existe un interés tanto de las partes como de la sociedad en garantizar la justicia, el mismo valor democrático subyace a la protección de los derechos fundamentales.

Por ello, las normas y las acciones que impliquen lesión o limitación de derechos en materia penal deben ser excepcionales y de aplicación restrictiva. Lo anterior en consonancia con el carácter fragmentario del derecho penal y su naturaleza subsidiaria. Consecuentemente, sólo podrán operar cuando otras formas de intervención no resulten eficaces, teniendo como límite la menor afectación a derechos fundamentales.

Toda determinación sobre la intervención de derechos debe cumplir con la reserva de ley, la que deberá entenderse como la remisión que hace la Constitución y, en casos excepcionales, la ley para que sea tal y no otra norma jurídica la que regule determinada materia.²⁶ En relación a este principio la Corte Interamericana ha determinado que:

La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plena-

²⁶ Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*. México, IJ-UNAM/CNDH, 2004, p.674.

mente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.²⁷

Consecuentemente, no basta con que se cumplan ciertos requisitos formales dentro de los estados para que pueda expedirse una ley restrictiva de derechos fundamentales, sino que habrá de atender también a ciertos criterios materiales o finalísticos legítimos, como sería la persecución de los delitos y el acceso a la justicia y con apoyo en éstas sería válida la afectación a la libertad personal.

Para observar esta dimensión material es preciso que dichas leyes sean dictadas "por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas", siendo este propósito "el bien común".²⁸ En congruencia con una interpretación que busca imprimir la máxima fuerza a los derechos fundamentales el bien común debe considerarse "elemento integrante del orden público del Estado democrático", cuyo fin principal es "la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad".²⁹

Desde una dimensión axiológica, no puede entenderse como un concepto moral abstracto, o una especie de convención social dicotómica. Tampoco es la suma de los bienes individuales. Esta noción se acerca al conjunto de bienes, de realidades y realizaciones humanas, creadas, asumidas y disfrutadas por la mayoría de los grupos sociales en determinada comunidad política y un tiempo histórico concreto.

Por tanto, cualquier restricción a los derechos y las libertades fundamentales, desde un punto de vista formal, debe contenerse en una previsión legal de carácter general adoptada con anterioridad a los hechos. Mientras que, desde el enfoque material o sustantivo, la restricción de los derechos humanos tanto en sede legislativa como judicial debe buscar la satisfacción de un fin legítimo derivado del bien común y el interés general de la comunidad en el marco del Estado de Derecho.

²⁷ Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 24.

²⁸ *Ibid.*, párrs. 28-29.

²⁹ *Ibid.*, párr. 29.

Así, tratándose de la vinculación a proceso se debe satisfacer plenamente los estándares que exige la Constitución: la existencia probada de un hecho calificado por la ley penal como delito y la existencia probada de datos que permitan establecer la posible participación del imputado, sin obviar que el *onus probandi* de estos extremos corresponde al ministerio público.

Por lo que se refiere a la imposición de medidas cautelares restrictivas de la libertad personal, el legislador debe cumplir con la excepcionalidad de la prisión preventiva, la que también deriva del derecho de presunción de inocencia y del principio de proporcionalidad *lato sensu* en la restricción de derechos. Siempre debe ser impuesta bajo un estricto control judicial, que atendiendo a las circunstancias del caso concreto, establezca la necesidad de su imposición.

Sin embargo, al momento en que el constituyente permanente estableció un catálogo de delitos bajo los cuales la prisión preventiva se transforma en una medida de carácter oficioso y obligatorio, aun cuando la Constitución cumple con la reserva de ley y la exigencia de taxatividad como estándares mínimos para la restricción de derechos fundamentales, desde la dimensión material los mismos son afectados de forma indebida.

Su imposición oficiosa pasa por alto el carácter excepcional de la medida y su aplicación como *ultima ratio*, sólo en aquellos casos en que no exista otra medida adecuada que evite afectar la libertad personal, atendiendo además a la intervención mínima del poder punitivo del Estado y la menor restricción de derechos que debe observar el juzgador. Ante ello concluimos que el catálogo de delitos cuya sola imputación hace posible la prisión preventiva, resulta incompatible con los estándares de protección de derechos humanos.

La Corte Interamericana ha establecido que la regla general debe ser "la libertad del imputado del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal".³⁰ Cualquier otro tratamiento constituiría la anticipación de la pena sin haberse determinado la responsabilidad penal.

El Tribunal Regional ha señalado la inconventionalidad de disposiciones de derecho interno que regulan la prisión preventiva bajo la premisa de que esta medida no puede ser impuesta *per se*, ya sea por el delito o por las circunstancias particulares del imputado. Ello "porque la

³⁰ Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 67.

prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva".³¹ Por tanto, no basta su establecimiento formal en la ley para que la medida sea garante de derechos humanos, requiere que el órgano jurisdiccional realice "un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria".³²

En concordancia con la Convención Americana estimamos que las medidas cautelares que restringen la libertad personal deben ser: a) excepcionales y no ordinarias, rutinarias o sistemáticas; b) justificadas dentro de un marco preciso de razones y condiciones que les confieran legitimidad y racionalidad; c) acordadas por autoridad jurisdiccional independiente, imparcial y competente, que las resuelva con formalidad y exprese los motivos y los fundamentos en que apoya el mandamiento; d) indispensables para alcanzar el fin legítimo que con ellas se pretende; e) proporcionales a éste y a las circunstancias en que se emiten; f) limitadas, tanto como sea factible, en intensidad y duración; g) revisables periódicamente: por mandato de la ley y por instancia de las partes, revisión que debe contar con las garantías inherentes a un verdadero régimen impugnativo (independencia, eficacia y celeridad); h) revocables o sustituibles cuando se ha rebasado el tiempo razonable de vigencia, tomando en cuenta sus características o cuando hayan desaparecido de manera objetiva, las condiciones que dieron lugar a su origen. Todo esto, que es aplicable al sistema general de medidas cautelares penales, tiene especial acento si se piensa en la más severa de aquéllas: la privación cautelar de la libertad.³³

Sin embargo, la propia Constitución establece un sistema mixto de control de la prisión preventiva. Si en la primera parte del segundo párrafo del artículo 19 constitucional se afirma su carácter excepcional y el control judicial en su imposición, en la parte final se establece la prisión preventiva oficiosa mediante el establecimiento de un "catálogo de delitos", particularmente aquellos relacionados con la delincuencia organizada. Así, se establece un régimen de excepción sobre una medida de carácter excepcional y se obliga a los juzgadores a imponerla atendiendo al delito y no a las condiciones del caso concreto.

Más todavía: se libera al ministerio público de la obligación de demostrar fehacientemente la necesidad de cautela como condición imprescindible para su concesión. El estándar de

³¹ Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

³² Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras...*, *supra* nota 31, párr. 68.

³³ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 7.

cautela impone al estado la obligación de acreditar la existencia de "indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia".³⁴

Su imposición debe atender a las circunstancias particulares del caso que requiere el conocimiento tanto de los hechos como del imputado, pero no por el sólo hecho de establecerse en un catálogo de delitos. La decisión de someter a prisión preventiva a una persona debe surgir del contacto del juzgador con el caso concreto. Por lo tanto debe recaer en el Poder judicial y no en el Poder legislativo la determinación o no de la imposición de esta medida cautelar.³⁵

Un genuino estado de Derecho no puede permitir por vía legal o constitucional la ampliación ilimitada e injustificada de las restricciones de derechos humanos pues ello necesariamente vulneraría la presunción de inocencia. Como señala Luigi Ferrajoli, la prisión preventiva afecta el principio de jurisdiccionalidad que implica que una detención sólo podrá ser realizada mediante orden de un juez competente, una vez que se haya demostrado en juicio la culpabilidad. Para el jurista, esta medida tiene una impronta de carácter "autoritario e inquisitivo de la cultura penal decimonónica"; por ello, "el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales".³⁶

La prisión preventiva oficiosa no sólo puede convertirse en un acto arbitrario del Estado, además tiene implicaciones procesales concretas como la inversión de la carga de la prueba sobre la culpabilidad. Ferrajoli acierta al decir que: "hacer recaer sobre el imputado una pre-

³⁴ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 198. En el mismo sentido el Tribunal Constitucional Español ha afirmado que: "[L]a legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos", en: TCE. Sala Segunda. Sentencia 128/1995, Recurso de amparo 993-1995. de 26 de julio de 1995 (BOE núm. 200 de 22 de agosto de 1995).

³⁵ El propio Tribunal Constitucional Español, al abundar sobre la prisión preventiva remite al bloque de constitucionalidad y a los principios constitucionales como parámetros de restricción de dicha medida al afirmar que una valoración "aislada del contexto constitucional, de las referencias pertinentes de los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España en materia de derechos fundamentales, y de la propia significación de la institución que ahora reclama nuestro análisis, puede engendrar la errónea concepción de que estamos ante un derecho de pura configuración legal, cuyo desarrollo no encuentra más cortapisas constitucionales que las formales y cuya limitación no admite otro análisis de legitimidad que el de su mera legalidad." *Ibidem*.

³⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *op cit.*, pp. 553 y 555.

sunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una *presunción de culpabilidad*.³⁷

Social y jurídicamente existen consecuencias. Eugenio Raúl Zafaronni constató hace algunos años que en América Latina, aproximadamente tres cuartas partes de los presos están sujetos a medidas de contención como la prisión preventiva, sólo por sospecha. Asimismo, una cuarta parte de los procesados son absueltos por no demostrarse su culpabilidad, ello a pesar de la tendencia sostenida de sentenciar a personas que se encuentran en prisión preventiva, por presumir indebidamente su culpabilidad.³⁸

En todo proceso penal y en las etapas previas debe prevalecer la presunción de inocencia. Sin un control jurisdiccional estricto, que permita su legítima imposición mediante la acreditación plena de la necesidad de cautela, dicha medida se desnaturaliza y, como acertadamente señala Miguel Sarre, pierde su carácter cautelar y "se convierte en un instrumento de control social, en una pena sin juicio previo o en una presunción de responsabilidad penal".³⁹

Esta situación puede derivar en un estado de excepción y construir lo que Zafaronni refiere como "enemigo en el derecho penal", aquel que "es una construcción tendencialmente estructural del discurso legitimador del poder punitivo".⁴⁰ En nuestra opinión, esto puede mermar el estado de Derecho y conducir a tentaciones autoritarias en la esfera del derecho penal.

En México, en los estados que ha comenzado a operar el nuevo sistema de justicia penal, la imposición desproporcionada de la prisión preventiva subsiste como una práctica anquilosada que representa una de las deficiencias de orden estructural del aparato de impartición de justicia en nuestro país.

En el caso de Chihuahua, entre los años 2007 y 2012 la prisión preventiva fue impuesta en 15,403 ocasiones. En contraste, la imposición de dispositivo electrónico como una medida que pudiera tener la misma eficacia, fue utilizada únicamente en 44 veces. Por su parte, el arraigo domiciliario fue determinado sólo en 166 ocasiones en el mismo periodo. La propor-

³⁷ *Ibid.*, p. 553.

³⁸ Zafaronni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*. México, Ediciones Coyoacán, 2007, pp. 74 y 75.

³⁹ Sarre, Miguel, "La reforma al sistema procesal penal de Chihuahua a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos", en Carlos Ríos y Jorge Cerdio (coord.), *Las reformas de la reforma procesal penal de Chihuahua*. México, Tirant Lo Blanch México, 2012, p. 39.

⁴⁰ Zafaronni, Eugenio Raúl, *El enemigo...*, *op. cit.* p. 88.

ción entre prisión preventiva y dispositivo electrónico es de 350 a 1; mientras que entre la prisión preventiva y el arraigo domiciliario resulta de 92 a 1.⁴¹

Por su parte, en el estado Oaxaca, en el que el sistema acusatorio se fue implementando en distintas regiones de manera paulatina, el panorama es similar. En la región del Istmo, entre 2007 y 2012 la prisión preventiva oficiosa fue impuesta en 184 ocasiones mientras que la no oficiosa lo fue en 238. En tan sólo 7 ocasiones se impuso la sujeción domiciliaria y en ninguna ocasión la utilización de dispositivo electrónico. En la región Mixteca, durante el mismo periodo, la prisión preventiva oficiosa fue impuesta en 116 ocasiones y la no oficiosa en 87, en una sola ocasión se ha impuesto la sujeción domiciliaria y en ninguna ocasión el dispositivo electrónico. Finalmente, en la región Costa, por lo que hace al periodo del año 2012, la prisión preventiva oficiosa fue impuesta 27 ocasiones, la no oficiosa en 9, y no se impuso en ningún caso medida cautelar de sujeción domiciliaria o utilización de dispositivo electrónico.⁴²

Aún sin conocer los casos concretos, el índice cuantitativo revela una realidad innegable: el uso generalizado de la prisión preventiva y su persistencia como situación de regla y no de excepción. Como correlato, se verifica la escasa utilización de otras medidas menos restrictivas de derechos que permitan alcanzar el aseguramiento del proceso y que, a diferencia de la prisión preventiva, no constituyan una pena anticipada y engendren una percepción subjetiva de culpabilidad.

Ante este panorama podemos afirmar que la determinación en la Constitución del catálogo de delitos por los que la prisión preventiva debe imponerse de manera oficiosa, representa una antinomia en términos de los fines del sistema acusatorio. En la redacción del segundo párrafo del artículo 19 constitucional existen lógicas de Estado disímboles. Por una parte se consolida un sistema garantista, de intervención mínima del derecho penal, bajo parámetros de excepcionalidad de medidas que lesionen derechos fundamentales y mediante un férreo control jurisdiccional que pretenda garantizar de una forma integral el conjunto de derechos en juego mediante su ponderación. Esa es la fortaleza del nuevo sistema de justicia.

⁴¹ Unidad Operativa del Sistema Penal Acusatorio del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua, Oficio 17/2013 de 18 de enero de 2013. Respuesta a solicitud de información pública realizada por los autores. Los datos ofrecidos por la Unidad Operativa del Sistema Penal Acusatorio, no permiten conocer el número de casos en los que la prisión preventiva fue impuesta de forma oficiosa y diferenciarlos de aquellos en que el Juez de Garantía pudo disponer de alguna otra medida alternativa.

⁴² Departamento de Enlace y Vinculación Administrativa con las Áreas del Sistema Acusatorio Adversarial, Oficio PJE0/CJ/DA/090/2013 de 12 de febrero de 2013. Respuesta a solicitud de información pública realizada por los autores.

Sin embargo, la lógica del "catálogo de delitos" no se ajusta a esa pretensión de garantizar cabalmente los derechos humanos. Por el contrario, a causa de este catálogo taxativo las y los jueces ven disminuida su función de control al imponerse, por vía legislativa y en la propia Constitución, la prisión preventiva oficiosa. Esta superposición de lógicas demuestra la escisión entre una política de prevención del delito basada fundamentalmente en un enfoque punitivo y un sistema de procuración y administración de justicia que tiene una impronta mucho más garante de los derechos. El resultado de la imbricación de ambas lógicas se plasma en la actual redacción del artículo 19 constitucional.

Bajo estas premisas podemos afirmar que la prisión preventiva oficiosa resulta inconvenicional y bajo el paradigma de *bloqueo de constitucionalidad* es inconstitucional o representa al menos, una antinomia constitucional, porque atiende al delito en abstracto y no a las condiciones particulares del delito. De esta forma colisionan la Convención Americana y la interpretación que de ella ha dado la Corte Interamericana con las disposiciones constitucionales que establecen la prisión preventiva. Además, la actual redacción inhibe el alcance de la actuación judicial porque impone al juzgador su imposición, lo que desnaturaliza el sentido del control jurisdiccional.

La SCJN ha comenzado un proceso de tutela de derechos con un espectro de mayor amplitud de protección. En tesis aisladas de la Décima Época, se ha pronunciado sobre la necesidad de revisar la prisión preventiva a la luz del principio *pro personae* y mediante un ejercicio de control de constitucionalidad y convencionalidad.⁴³

Bajo estos parámetros, la Primera Sala de la SCJN estableció que la prisión preventiva puede resultar irrazonable si se ha vencido el plazo máximo admitido constitucionalmente y aún no se emite una sentencia. Asimismo, que de establecerse esta afectación, la persona deberá ser puesta en libertad inmediata, adoptándose otras medidas cautelares y continuando vigente el proceso. Esto siempre que el imputado no esté ejerciendo su derecho de defensa y no se haya pronunciado sentencia.⁴⁴

⁴³ Tesis: 1a. CXXXVII/2012 (10a.), PRISIÓN PREVENTIVA. FORMA DE PONDERAR EL PLAZO RAZONABLE DE SU DURACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, p. 492. Reg. IUS. 2001430.

⁴⁴ Tesis: 1a. CXXXVIII/2012 (10a.), SENTENCIA CONCESORIA DE AMPARO. SUS EFECTOS CUANDO SE RECLAMA EL CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR HABER TRANSCURRIDO "UN PLAZO RAZONABLE" EN SU DURACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, p. 499. Reg. IUS. 2001493.

Aunque estas tesis resultan novedosas en el modelo de protección nacional, resultan insuficientes. Si bien parten de un modelo de protección que atiende al *bloque de constitucionalidad*, el uso de los criterios de protección y proporcionalidad se dan a *posteriori* de la medida cautelar. En las tesis expuestas, la revisión se realiza una vez que ha fenecido el plazo máximo de la prisión preventiva. A través de estos criterios se busca otorgar un remedio jurisdiccional, mediante el análisis de proporcionalidad fundado en el *bloque de constitucionalidad* y la utilización del principio *pro personae*; a una medida cautelar que esté afectando los derechos del imputado. Consideramos pertinentes y adecuadas las tesis; sin embargo, los principios de protección expuestos deben ser un componente esencial y previo a la imposición de la prisión preventiva y no operar únicamente al momento de su revisión por un órgano de control.

Lo anterior conduce a establecer que si la prisión preventiva puede ser revisada a la luz no sólo de la Constitución sino también de la Convención Americana, el mismo tratamiento debiera darse en el momento de su valoración judicial e imposición. Esto sin duda, abre un debate teórico interesante:

Si la Constitución y la CADH tutelan la libertad personal y garantías del proceso penal, ¿cómo resolver la aparente antinomia que representa la prisión preventiva oficiosa? En nuestra opinión la contradicción se debe resolver mediante el reconocimiento de mayor rango protector de derechos fundamentales de las disposiciones de la CADH, mediante un ejercicio de *interpretación conforme* del conjunto de derechos en juego y permita dar mayor protección mediante la aplicación de la Convención Americana, así como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y no del artículo 19 constitucional y de los códigos de Procedimientos Penales.

El paradigma kelseniano de jerarquía de normas y los problemas que ha generado con relación a si debe prevalecer un tratado internacional o una disposición constitucional es un debate que debe ser superado. Es el criterio de mayor protección o menor lesión el que prevalece frente a una disposición que pueda afectar derechos, sin que esto implique que *a priori* se conceda mayor o menor jerarquía a determinada norma o que deba ser siempre un criterio de jerarquía y no de protección el que resuelva la norma a aplicar.

Esta fórmula busca la aplicación de la fuente que asegure mejor los derechos fundamentales bajo la premisa de mayor protección y con independencia de la posición que asuma en la jerarquía del sistema jurídico, bajo los principios de favorabilidad de la norma, de *interpreta-*

ción conforme y pro personae.⁴⁵ Este es el enfoque que parece ser adoptado en tesis de jurisprudencia sostenidas recientemente por la Primera Sala de la SCJN:

En el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable, atenderá a criterios de favorabilidad del individuo o lo que se ha denominado principio *pro homine* o *pro persona* según lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1° constitucional. Según este criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción.

En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.⁴⁶

En diversa tesis, la Primera Sala de la Suprema Corte abunda en un modelo de aplicación del principio *pro personae* al señalar que en la determinación de la afectación de un derecho:

...debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria, es decir, dicho principio permite, por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor

⁴⁵ Edgar Carpio Morales desarrolla principios interpretativos constitucionales entre los que destacan a) principio *pro homine*, subdividido en preferencia interpretativa (optimización del derecho fundamental) y preferencia de normas (más favorable independientemente de la jerarquía); b) posición preferente de derechos fundamentales (mediante ponderación de derechos); c) mayor protección del derecho (la regulación constitucional es un estándar mínimo que puede ser ampliado); y d) fuerza expansiva de los derechos. Estas pautas interpretativas deben abonar a enriquecer el debate sobre la relación entre los Tratados Internacionales y la Constitución, que de manera incipiente, con resistencias y posturas argumentativas obsoletas, comienza a darse en nuestro país. En: Carpio Marcos, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima, Palestra ediciones, 2004.

⁴⁶ Tesis: 1a./J. 107/2012 (10a.), PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2, p. 799. Reg. IUS. 2002000. Sin embargo, al interior de la Suprema Corte hay una tendencia conservadora que en discusiones del Pleno mantienen la resistencia a admitir la aplicabilidad de los tratados internacionales bajo el enfoque –a nuestro juicio erróneo– de llevar el debate al campo de la jerarquía de normas e insistir en una estructura en que la Constitución prevalece frente a los tratados internacionales de derechos humanos.

de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios. Esto implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho más extenso y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo si se trata de conocer las limitaciones legítimas que pueden establecerse a su ejercicio.⁴⁷

La Primera Sala de la Suprema Corte ha sido vanguardia en la construcción de los nuevos paradigmas de hermenéutica constitucional y tutela de derechos fundamentales. Al respecto, en la tesis aludida refiere que el principio *pro personae* representa el estándar mínimo de apreciación y aplicación, lo que permite conjugarlo con otros métodos de interpretación constitucional:

Por tanto, la aplicación del principio *pro personae* en el análisis de los derechos humanos es un componente esencial que debe utilizarse imperiosamente en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona, a efecto de lograr su adecuada protección y el desarrollo de la jurisprudencia emitida en la materia, de manera que represente el estándar mínimo a partir del cual deben entenderse las obligaciones estatales en este rubro.

Por ello, la prisión preventiva debe armonizarse con la protección emanada del derecho de presunción de inocencia –que incide en el tratamiento procesal y extraprocesal del imputado como inocente– y los principios sustantivos del derecho penal: lesividad, fragmentariedad y *ultima ratio*, que justifican la intervención punitiva del Estado únicamente sobre conductas que generen grave lesión a la sociedad y en aquellos casos en que no exista ninguna otra forma de acción estatal posible.

Mediante el ejercicio hermenéutico y de integración de derechos, las y los jueces pueden acudir válidamente al *corpus iuris* de derechos humanos y aplicar la norma o interpretación de norma más favorable, resolviendo así la antinomia constitucional. Ello conduciría a determinar la incompatibilidad entre la Convención Americana –entre otros tratados de derechos humanos– y las normas legales e incluso constitucionales que regulan la prisión preventiva de carácter oficioso.

⁴⁷ Tesis: 1a. XXVI/2012 (10a.), PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, p. 659. Reg. IUS. 2000263.

VI. El principio de proporcionalidad como criterio judicial de determinación de derechos

Desde una perspectiva amplia, consideramos que del contenido e interpretación expansiva de los derechos fundamentales y del nuevo rol jurisdiccional en el sistema penal, emerge la utilidad del principio de proporcionalidad como un criterio imprescindible en las determinaciones jurisdiccionales. Este principio es una herramienta hermenéutica y mecanismo de interpretación sobre el alcance y contenido esencial, resolución de limitación, restricción o colisión de derechos fundamentales que permite al operador garantizar su vigencia mediante su armonización, ponderación o integración, evitando con ello la arbitrariedad del poder público.

Dicho principio ha ganado lugar en la tutela de derechos fundamentales a través de la interpretación de diversos tribunales constitucionales, que mediante interpretación jurisprudencial, han desarrollado su utilización como un mecanismo de determinación para órganos del poder público que "enfrentan la colisión de principios y/o bienes jurídicos con el objeto de armonizar su satisfacción".⁴⁸ En este tenor, es un principio general del derecho, un criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales y un parámetro de limitación a las restricciones de los mismos.

Si bien abarca distintos campos del derecho, es en el derecho constitucional –que contiene y define los derechos fundamentales– donde adquiere un carácter estructural. Considerando que el derecho penal puede afectar o restringir bienes jurídicos de primer orden y tomando en cuenta que los Jueces de Garantía ejercen un control amplio de constitucionalidad, es que afirmamos la necesaria aplicación de este principio en las determinaciones judiciales sobre vinculación a proceso y prisión preventiva.

Este parámetro de adjudicación constitucional implica un test de constitucionalidad de la determinación, en el que operan desde una dimensión relacional, el principio rector (proporcionalidad *lato sensu*) con tres derivaciones en los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (*strictu sensu*). Mediante su conjunción es posible establecer una conclusión correcta en la determinación de derechos.

⁴⁸ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*. México, UNAM, 2007, p. 1.

Llevados al campo del proceso penal y de análisis de la vinculación a proceso y de la prisión preventiva, podemos concluir que el sub-principio de *idoneidad* o *adecuación* de la medida restrictiva de derechos humanos, es de carácter legislativo e implica que la restricción se da en el marco de la reserva de ley en su doble vertiente: formal y material. Mediante la remisión a la norma constitucional o legal se busca satisfacer un fin legítimo y su efectiva realización. El sub-principio de *necesidad* implica que la restricción debe ser la menos gravosa y lesiva, o bien, que no existan otras opciones para satisfacer el fin legítimo que la justifica, por lo que una medida coercitiva sólo podrá ser impuesta cuando sea estrictamente necesario para el fin del proceso penal.

Por su parte, la proporcionalidad en sentido estricto conlleva la ponderación entre el derecho humano afectado y la medida adoptada para su menoscabo, realizando una valoración ponderada entre los contenidos mínimos de dos bienes o derechos de relevancia constitucional, que en principio tienen igual jerarquía pero que en un caso particular, alguno adquiere mayor relevancia o necesidad de tutela, de acuerdo a las circunstancias particulares. Cabe destacar que todos los sub-principios, en especial los de *necesidad* y *ponderación*, también implican un examen valorativo judicial sobre casos concretos.⁴⁹ En esta tesitura se ha expresado el Tribunal Constitucional de Colombia al señalar que:

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.⁵⁰

En igual sentido, en una sentencia atinente a la prisión preventiva, el Tribunal Constitucional del Perú, definió parámetros constitucionales para valorar su constitucionalidad mediante el test jurisdiccional de proporcionalidad. Ello con independencia de su regulación normativa (reserva de ley):

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 40-51.

⁵⁰ Tribunal Constitucional de Colombia, Sentencia C-576/04.

[P]roporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad [son los principios] que debe guardar la aplicación de la prisión provisional para ser reconocida como constitucional.⁵¹

Consecuentemente es válido afirmar que la imposición de la prisión preventiva y del auto de vinculación a proceso son actos en los que debe existir una dimensión material de la tutela judicial y de la garantía de fundamentación y motivación. Ya que los jueces, más allá de los dispositivos normativos que habiliten estos actos procesales, deberán realizar un análisis de constitucionalidad en cada acto sometido a su potestad.

En México, el principio de proporcionalidad se encuentra en el artículo 22 constitucional referido explícitamente a aplicación de las sanciones penales, pero no se refiere al control jurisdiccional en un sentido más amplio. La Suprema Corte ha ido definiendo criterios que desarrollan su alcance al considerar que una pena no sólo debe "tener una finalidad constitucionalmente legítima" además debe "superar el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido".⁵² Es a partir de la Novena Época cuando comienza una línea de interpretación en casos relativos a la proporcionalidad de las sanciones penales, derecho de acceso a la justicia y restricciones a la libertad de trabajo.⁵³

Con ello, el principio de proporcionalidad ha ido adquiriendo, mediante la jurisprudencia, un radio de acción cada vez más amplio en la determinación de decisiones que afecten derechos fundamentales.

La Suprema Corte ha sentado otros precedentes vinculados estrechamente a la protección de los derechos humanos definiendo parámetros efectivos de control de constitucionalidad tanto en el contenido y restricción de derechos, como en las obligaciones para los distintos poderes públicos. Así los parámetros de proporcionalidad no sólo se ejercen en sede judicial

⁵¹ Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia exp. no. 2915/2004-HC/TCL.

⁵² Tesis: 1a. CCVIII/2011 (9a.), SANCIONES PENALES. CONSTITUYEN UNA INTERVENCIÓN EN DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PUEDE ENJUICIARSE DE CONFORMIDAD CON LAS TRES GRADAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 209. Reg. IUS. 160644.

⁵³ Para una evolución del desarrollo histórico del principio de proporcionalidad en México. Cfr. Sánchez Gil, Rubén, "Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México" en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 21, julio-diciembre, UNAM, México, 2009, pp. 471-489. Una sentencia por demás relevante fue desarrollada por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Sala Superior, Sentencia de jurisprudencia 62/2002, Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Suplemento 6, Año 2003, pp. 51 y 52, rubro: "PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. DEBE REALIZARSE CONFORME A LOS CRITERIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD".

sino que son una condición indispensable y de obligada necesidad en el diseño normativo realizado por el Poder Legislativo.⁵⁴

Por su parte, la Corte IDH al entrar en el análisis de convencionalidad de las medidas adoptadas por los Estados que afectan la libertad personal dentro del proceso penal, ha establecido que éstas deben adecuarse al test de proporcionalidad:

La Corte ha establecido en su jurisprudencia que las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.⁵⁵

Por eso proponemos que a la luz del estándar del Tribunal regional y de los parámetros de control y determinación de derechos establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se debe transitar a modelos hermenéuticos y de control constitucional en los que el principio de proporcionalidad opere en toda determinación jurisdiccional, y de manera singular en la resolución de la prisión preventiva y la vinculación a proceso.

Para los juzgadores esto implica la obligación de una adecuada motivación así como reconocer y garantizar el contenido material tanto de las normas procesales como de los derechos fundamentales de las partes. Por ello, además de los requisitos formales que desde el punto de vista constitucional y legal deben satisfacerse para la generación de un fin necesario en la actividad estatal; en todos los actos judiciales se impone un juicio de validez material en el que el acto o el contenido de la norma sea compatible con el ordenamiento constitucional y la restricción de derechos se encuentre debidamente justificada.

De esta forma, toda actividad judicial que determine la restricción de la libertad personal, tanto en la vinculación a proceso como en la imposición de medidas cautelares, deberá atender a criterios de legalidad, proporcionalidad, razonabilidad y justificación mediante la aplicación del test de proporcionalidad. Así se configura un paradigma novedoso de

⁵⁴ Tesis: P./J. 130/2007 (9a.), GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 8. Reg. IUS. 170740; Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.), RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, p. 533. Reg. IUS. 160267.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. . . , *supra* nota 34.

intervención jurisdiccional y el mecanismo de fijación de derechos y de salvaguarda frente a cualquier acto de intervención arbitraria del poder público, particularmente del *ius puniendi*.

La justificación y legitimidad de revestir al control judicial como el mecanismo por excelencia de determinación sustantiva de derechos, mediante el ejercicio del principio de proporcionalidad, deriva del carácter integral de los derechos fundamentales. Por ello coincidimos con Muñoz Conde cuando afirma:

Los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo las de carácter penal material (principio de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etcétera), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntualmente extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo orden jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo.⁵⁶

En consecuencia, no puede admitirse la afectación o lesión de los derechos fundamentales, ni siquiera de forma parcial, menos aún si parten de un proceder autoritario. Bajo el test de proporcionalidad se deben desterrar las intervenciones injustificadas o incluso aquellas justificadas pero que sean innecesarias o desproporcionadas.

Esta obligación se maximiza en tratándose de los derechos en materia penal por la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados en riesgo. La forma de evitar un proceder arbitrario es mediante la limitación y control que realicen las y los jueces en el momento de determinar la emisión de un auto de vinculación a proceso o la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva. Así, el control jurisdiccional opera, en última instancia, como garantía del estado de Derecho y como fundamento y pilar del orden constitucional, asegurando mediante la intervención activa de los juzgadores, la existencia de la comunidad política.

⁵⁶ Muñoz Conde, Francisco, "El nuevo derecho penal autoritario", en Mario G. Losano y Francisco Muñoz Conde (coordinadores), *El Estado ante la globalización y el terrorismo. Actas del coloquio internacional de Humboldt-Montevideo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 172.

VII. Conclusiones

A la luz de la configuración del nuevo sistema de justicia penal, asistimos a transformaciones revolucionarias de las instituciones, las prácticas y los propios fundamentos y paradigmas del derecho penal. Entre los cambios más significativos se encuentra los nuevos estándares para la determinación de la vinculación a proceso y la imposición de las medidas cautelares, particularmente la prisión preventiva.

Si bien existe un estándar probatorio más laxo para la emisión a vinculación a proceso, el sistema está diseñado para asegurar el equilibrio procesal y la igualdad de armas entre las partes. Asimismo, se le imponen responsabilidades específicas a los órganos jurisdiccionales y parámetros de determinación de derechos que permiten un riguroso control y determinación de derechos.

Respecto a la prisión preventiva, se establece el carácter excepcional y la aplicación restrictiva de esta medida cautelar. Sin embargo, subsiste un catálogo de delitos que desnaturaliza el sentido de la medida e impone su aplicación obligatoria. Esto representa un retroceso en términos de la consolidación del sistema penal así como un conflicto entre los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la Constitución y los Códigos de Procedimientos Penales.

La reforma constitucional al sistema de justicia penal de 2008 no puede escindirse de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011. Ambas reformas convergen, dan contenido y maximizan el conjunto de los derechos humanos reconocidos en el *bloque de constitucionalidad*. Con lo anterior quedan sentadas las bases para avanzar en la consolidación de modelos que garanticen derechos fundamentales.

Consecuentemente, los modelos de interpretación extremadamente formalistas basados en ejercicios lógico-jurídicos de corte mecánico y de mera legalidad, ceden paso a diversas formas de argumentación judicial (ponderación, máxima extensión de derechos, razonabilidad, entre otras) que resultan acordes con el garantismo constitucional. Con ellas, se realiza una interpretación sistemática de las leyes y de las disposiciones constitucionales que tutelan derechos fundamentales.

De esta manera resulta significativa la centralidad que en el nuevo sistema de justicia adquieren las y los jueces. La tutela judicial informa el proceso penal y las fases previas. Con ello, se pretende limitar cualquier afectación indebida o innecesaria de derechos fundamentales.

En este nuevo rol estimamos necesaria la utilización del principio de proporcionalidad en toda determinación judicial de derechos. Mediante la aplicación del test de proporcionalidad es posible "juzgar en clave constitucional" toda resolución que implique valoración, restricción o ponderación de derechos.

De esta forma las garantías y derechos humanos contenidos en la Constitución y los tratados internacionales serán concebidos, interpretados y tutelados a la luz de su integralidad, operación de modo complementario y su mismo valor constitucional en una relación de influencia mutua y armónica. Con ello, el orden jurídico asume un carácter hermenéutico por lo que la determinación de todo acto procesal y resolución de derechos —como la vinculación a proceso o la prisión preventiva—, deben estar regido por los más altos estándares de derechos humanos bajo la premisa de una interpretación y aplicación sistémica orientada a la mayor eficacia, coexistencia y defensa de todos los bienes jurídicos protegidos en el orden constitucional.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Contradicción de Tesis 17/2012. Sentencia definitiva 9 de mayo de 2012. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=135220>>(19 de junio de 2013).

- Tesis: XVII.1o.PA. J/26 (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. ELEMENTOS DE FORMA Y FONDO QUE DEBE CONTENER DE ACUERDO CON LOS ARTÍCULOS 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 280 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 3, p. 1940. Reg. IUS. 160331.

Tesis: XVII.1o.PA.64 P (9a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUEZ DE GARANTÍA, EL TRIBUNAL DE APELACIÓN, LOS JUECES DE DISTRITO Y LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, AL MOMENTO DE DICTARLO O ANALIZARLO, ÚNICAMENTE DEBEN ATENDER A LOS DATOS DE INVESTIGACIÓN QUE REFIERA EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA AUDIENCIA RELATIVA Y A LAS PRUEBAS QUE SE DESAHOGUEN EN ELLA, SIEMPRE QUE NO SE ESTÉ EN ALGUNO DE LOS SUPUESTOS DE EXCEPCIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXXII, Octubre de 2010, p. 2899. Reg. IUS. 163687.

- Tesis: XVII.1o.PA. J/25 (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EN SU DICTADO NO ES NECESARIO ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS) Y JUSTIFICAR LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INculpADO, SINO QUE SÓLO DEBE ATENDERSE AL HECHO ILÍCITO Y A LA PROBABILIDAD DE QUE EL INDICIADO LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 3, p. 1942. Reg. IUS. 160330.

- Tesis: XVII.1o.PA.62 P (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EL JUZGADOR, AL RESOLVER SOBRE SU PROCEDENCIA, DEBE ABSTENERSE DE ESTUDIAR LOS DATOS DE LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN Y, EN SU LUGAR, VALORAR LA RACIONABILIDAD

DE LOS ARGUMENTOS DE LOS CONTENDIENTES (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXII, Octubre de 2010, p. 2900. Reg. IUS. 163686.

- Tesis: II.2o.P.284 P (10a.), AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO. LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL, AL ANALIZAR DICHA DETERMINACIÓN, PUEDE REITERAR LOS CRITERIOS DE AFECTACIÓN A LA LIBERTAD PERSONAL EMITIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ANTES DE LAS REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, p. 4296. Reg. IUS. 160455.
- Tesis: 1a. CCXXXVII/2011 (9a.), DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 198. Reg. IUS. 160693.
- Tesis: P. LXVIII/2011 (9a.), PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 551. Reg. IUS. 160526.
- Tesis: P. LXIX/2011 (9a.), PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 552. Reg. IUS. 160525.
- Tesis: P. LXVII/2011 (9a.), CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 535. Reg. IUS. 160589.
- Tesis: 1a./J. 18/2012 (10a.), CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, p. 420. Reg. IUS. 2002264.

- Tesis: 1a. CXXXVII/2012 (10a.), PRISIÓN PREVENTIVA. FORMA DE PONDERAR EL PLAZO RAZONABLE DE SU DURACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, p. 492. Reg. IUS. 2001430.
- Tesis: 1a. CXXXVIII/2012 (10a.), SENTENCIA CONCESORIA DE AMPARO. SUS EFECTOS CUANDO SE RECLAMA EL CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR HABER TRANSCURRIDO "UN PLAZO RAZONABLE" EN SU DURACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, p. 499. Reg. IUS. 2001493.
- Tesis: 1a./J. 107/2012 (10a.), PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2, p. 799. Reg. IUS. 2002000.
- Tesis: 1a. XXVI/2012 (10a.), PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, p. 659. Reg. IUS. 2000263.
- Tesis: 1a. CCVIII/2011 (9a.), SANCIONES PENALES. CONSTITUYEN UNA INTERVENCIÓN EN DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PUEDE ENJUICIARSE DE CONFORMIDAD CON LAS TRES GRADAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 209. Reg. IUS. 160644.
- Tesis: P./J. 130/2007 (9a.), GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 8. Reg. IUS. 170740.
- Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.), RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, p. 533. Reg. IUS. 160267.

2. Internacionales

- Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.
- Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.
- Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte IDH. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.
- Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.
- Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.
- Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.