

Tohil

REVISTA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO



PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA Y LAS ESTRATEGIAS EN EL CAMPO JURÍDICO MEXICANO: OBSERVANDO EL CASO DE YUCATÁN

JUSTIFIED PREVENTIVE PRISON AND STRATEGIES IN THE MEXICAN LEGAL FIELD; OBSERVING THE CASE OF YUCATÁN

ALAN ISRAEL CASAIS MOLINA¹

Resumen

El objetivo de este artículo es establecer las estrategias jurídicas para el desarrollo de una defensa técnica por parte de los agentes sociales ante la práctica de la prisión preventiva. Por ello, se presentan dos posturas la del defensor público y la del fiscal en funciones de litigación. El problema es el uso de la medida cautelar de prisión preventiva en contra de la presunción de inocencia y la seguridad jurídica. El enfoque teórico base es la Teoría Sociológica de los Campos de Pierre Bourdieu, debido a su relación con las estrategias de los agentes sociales en el Sistema Penal Acusatorio. La metodología fue cualitativa usada para observar los discursos y conductas de las partes en el proceso penal, también se usó la hermenéutica jurídica para la interpretación de la ley, desde un enfoque positivista. Se concluye, que los argumentos de los defensores jurídicos y fiscales planteados en audiencia de medidas cautelares deben de incluir elementos facticos, normativos y probatorios, es decir, usar la teoría del caso para la prisión preventiva. Se aporta al conocimiento jurídico el análisis de la proporcionalidad, la necesidad de cautela, el dictamen de riesgo, el tipo de delito y los datos que obran en la carpeta de investigación para el entendimiento del Campo Jurídico dentro del Sistema de Justicia Penal Acusatorio en México.

¹ Doctor en Ciencias Sociales y Maestro en Derecho con opción en Penal ambos por la Universidad Autónoma de Yucatán, Candidato del Sistema Nacional de Investigadores, Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán y Abogado Postulante del Sistema de Justicia Penal Acusatorio.

Abstract

The objective of this article is to establish legal strategies for the development of a technical defense by social agents before the practice of preventive detention. For this reason, two positions are presented: that of the public defender and that of the prosecutor in litigation duties. The problem is the use of the precautionary measure of preventive detention against the presumption of innocence and legal certainty. The basic theoretical approach is the Sociological Theory of the Fields of Pierre Bourdieu, due to its relationship with the strategies of the social agents in the Accusatory Penal System. The qualitative methodology was used to observe the speeches and behaviors of the parties in the criminal process, legal hermeneutics was also used for the interpretation of the law, from a positivist approach. It is concluded that the arguments of the legal defenders and prosecutors raised in the hearing of precautionary measures must include factual, regulatory and evidentiary elements, that is, use the theory of the case for preventive detention. The analysis of proportionality, the need for caution, the risk assessment, the type of crime and the data that are in the investigation folder for the understanding of the Legal Field within the Accusatory Criminal Justice System in Mexico are contributed to legal knowledge.

Palabras clave

(Campo Jurídico, Prisión Preventiva Justificada, Necesidad de Cautela, Principio de Proporcionalidad, Teoría del caso)

Keywords

(Legal Field, Justified Preventive Prison, Need for Precaution, Principle of Proportionality, Theory of the case)

I. INTRODUCCIÓN

El Sistema de Justicia Penal Acusatorio Mexicano se creó a partir de la reforma a la Carta Magna el 18 de junio de 2008². El cambio normativo estableció los principios base del Sistema de Justicia Penal de tipo Acusatorio. En éste se identificaron características diversas al sistema de justicia mixto o inquisitivo³. El Sistema de Justicia Penal Acusatorio incluyó audiencias orales y la división del proceso penal en tres: etapa de investigación, etapa intermedia y etapa de juicio oral⁴. Este estudio, se fija en el campo jurídico relacionado con la aplicación o uso de la prisión preventiva en México.

El campo jurídico según Pierre Bourdieu es un espacio con actividad social estructurada y regulada al interior de este, donde se visualiza al derecho como un sistema cerrado y autónomo, en la cual, existen estructuras, ideologías y discursos jurídicos. Los discursos en esta área incluyen una violencia legítima, la cual, se impone por conceptos y descripciones categóricas, en este sitio tiene monopolio el Estado con el uso de la fuerza.⁵ Del mismo modo Álvaro Moreno Durán indicó que este espacio tiene como rasgos característicos un lenguaje codificado observable de forma escrita y oral, incluye ritos y prácticas relacionadas con sistemas de justicia penal incluyendo resistencias, estrategias de adaptación u otros elementos vinculados con el sistema de justicia penal.⁶

En este espacio socio-jurídico la actuación de los agentes sociales

2 DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN ARTÍCULOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA MEXICANA, publicada en el Diario Oficial de la Federación, 18 de junio del 2014. <https://bit.ly/3LaQwjP>.

3 José Nieves, Luna Castro, Capítulo Introducción y características Generales del Nuevo Sistema de Justicia Penal, Consejo de la Judicatura Federal, *El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, Desde la Perspectiva Constitucional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Edición, México, 2011, pp.25-51.

4 Lara Gonzales, Héctor, Capítulo Etapas de los Diversos sistemas de Justicia Penal; *Juicio Oral, El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, Desde la Perspectiva Constitucional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Edición, México, 2011, Pp.313-329.

5 Bourdieu, Pierre y Teubner, Ghunter, *La Fuerza del Derecho*, Nuevo Pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Bogotá, 2000, pp.155-156.

6 Moreno Durán, Álvaro, “El Sistema Oral Acusatorio en Colombia: Reforma y Habitus Jurídico”, *Verba Iuris*, Bogotá Colombia, julio-diciembre 2014, p.75.

está sujeta al grado de conocimientos legales, doctrinarios, técnicas de litigación y aptitudes de cada persona. Por lo tanto, el estudio incluyó la observación de 10 audiencias iniciales (en particular de medidas cautelares) del Sistema Penal Acusatorio Mexicano. La metodología empleada fue cualitativa⁷ con una técnica de observación y el auxilio de un diario de campo⁸ como instrumento para determinar patrones de conducta, discursos y argumentos usados por los agentes sociales durante el trámite de las audiencias de medidas cautelares en el Sistema Penal Acusatorio.

En una audiencia dentro del proceso penal las partes implementan estrategias para la defensa de sus pretensiones o posiciones dentro del campo jurídico. En derecho penal una estrategia adecuada se logra con la teoría del caso⁹ y refiere vincular de manera armónica los hechos, los conocimientos normativos y las pruebas para llevar una estrategia o guía para definir las directrices de una defensa adecuada.

La audiencia de medidas cautelares se desarrolla en la etapa inicial del proceso penal y requiere para el adecuado ejercicio de la defensa técnica¹⁰ el desarrollo de una estrategia en el Campo Jurídico. El problema en México y en particular en el estado de Yucatán es la afectación de la libertad de las personas por causa de la aplicación de la prisión preventiva oficiosa y la inadecuada argumentación de los litigantes en audiencia de medidas cautelares, esto es, una inadecuada defensa de la libertad de las personas procesadas. Según estadísticas Proporcionadas por la Fiscalía General en el Estado de Yucatán la prisión preventiva se usó de forma variada tanto en las sedes regionales

7 Véase, Hernández Sampieri, Roberto, Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, Pilar, *Metodología de la Investigación*, 4a ed. Mc Graw Hill, 2006, México, pp. 524-537.

8 Se le nombra diario de campo a una especie de libreta personal o bitácora en la cual se incluyen descripciones del ambiente o contexto, se describen lugares, participantes y eventos. También puede incluir mapas o diagramas de los lugares. Véase, Hernández Sampieri, Roberto, Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, Pilar, *Metodología de la Investigación*, 4a ed. Mc Graw Hill, 2006, México, p. 545.

9 Hidalgo Murillo, José Daniel, *Hacia una Teoría del Caso Mexicana*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Juicios Orales, Núm. 5, México, 2013, Pp.63-71.

10 CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, publicado en el Diario Oficial de la Federación, 5 de marzo del 2014. <http://bitly.ws/AYJy>, artículo 121 Defensa Técnica.

como en Mérida:

Tabla 1
Uso de la Prisión Preventiva en Fiscalía General del Estado de Yucatán
2019-2023

Año	Unidades Foráneas	Unidad sede Mérida
2019	105	404
2020	84	195
2021	101	269
2022	99	282
2023 (mayo)	51	148

Fuente: Informes de fecha 19 y 20 de junio del año 2023 con números de oficios FGE/DLCP/1268/2023 y FGE/REG/1719/2023 respectivamente de la Unidad de Transparencia de la Fiscalía General del Estado de Yucatán.

Se observan números elevados en la aplicación de la prisión preventiva e incluso en ascenso. Una de las razones para el uso de la prisión preventiva es la regulación obligatoria en la Constitución Política Federal y en el Código Nacional de Procedimientos Penales, sin embargo, la aplicación de la prisión preventiva deriva también del desconocimiento de la ley por parte de los abogados litigantes en el proceso penal. En audiencias de medidas cautelares los abogados defensores no ofrecen datos o medios de pruebas para sustentar sus pretensiones jurídicas.

El proceso penal de tipo acusatorio tiene como uno de sus objetivos proteger al inocente o como regla de trato procesal la presunción de inocencia, la cual, se define como tratar como inocente a una persona en todas las etapas del proceso penal.¹¹ Este derecho humano se ve mermado por la falta de conocimiento de los abogados postulantes en el Sistema de Justicia Penal Acusatorio. Una defensa ineficaz del abogado en el proceso penal con una actitud inactiva opuesta a lo requerido para la defensa técnica, propiciando un estado de indefensión procesal continuo, afectando los principios de presunción de inocencia, igualdad de armas y debido proceso en contra de los imputados o procesados.¹²

Por lo tanto, en este estudio primero se identificarán los Tratados Internacionales que determinan elementos para la aplicación de esta medida cautelar. Más adelante, se indicará la evolución de la prisión preventiva en México durante el periodo de 2008 al 2023, debido a los cambios normativos que ha sufrido dentro del Campo Jurídico Mexicano. Después se estudiará la necesidad de cautela y la proporcionalidad en el campo jurídico como elementos principales para la construcción un criterio argumentativo, preparando la postura o posición de los agentes sociales en la audiencia de medidas cautelares. Como tema final, se propone una teoría del caso relacionando elementos jurídicos, fácticos y probatorios; derivados de la observación de audiencias en el Centro de Justicia Oral de Mérida. Finalmente, se establecerán las conjeturas para una defensa técnica y entender la proporcionalidad en la práctica de la prisión preventiva en México.

II. LAS NORMAS INTERNACIONALES Y LA PRISIÓN PREVENTIVA EN MÉXICO

A continuación, se establecerá el marco legal internacional relacionado con la Prisión Preventiva. Estas normativas requieren la vinculación con el

11 CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917. <http://bitly.ws/ph7N>, artículo 20.

12 Barrueta Díaz, Julio, *La Defensa Ineficaz en el Proceso Común y la Transgresión al Derecho de Defensa Técnica, Visto por los Abogados Penalistas en la Ciudad de Huánuco*, 2019, Tesis, Huánuco Perú, Universidad de Huánuco, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas, 2021, <https://acortar.link/aAWbNM>, p.95.

Estado Mexicano. Esto, se logra según la Carta Magna por medio de la celebración de convenios por parte del Presidente de la República y la aprobación del Senado para que se conviertan en Ley Suprema.¹³ Entonces los Tratados Internacionales en los que México sea parte serán respetados por todas las autoridades en el estado democrático.

La prisión preventiva es una figura jurídica que priva de la libertad a una persona, tiene su naturaleza en la necesidad de garantizar la justicia social y la protección de intereses procesales, individuales y colectivos. Las normas internacionales señalan lineamientos generales para su aplicación, los cuales, deberán tener armonía con las leyes locales mexicanas. Sin embargo, antes de analizar los postulados foráneos cabe indicar qué, en el tema de prisión preventiva, México tiene cuentas pendientes en el marco legal internacional.

Según la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el primer párrafo del artículo 19 de la Constitución Política Federal al imponer un catálogo de delitos que obligan a usar la medida de prisión preventiva, viola los siguientes elementos jurídicos: 1) la presunción de inocencia y el derecho a la libertad, 2) vulneración de la Independencia Judicial, 3) afectación de la integridad personal, 4) desviación de las políticas de seguridad ciudadanas y 5) afectación del principio de igualdad ante la ley.¹⁴ En añadidura a nivel nacional representa un retroceso para los Derechos Humanos en el principio de progresividad con sustento en el artículo 1º la Constitución Política Federal.

Expuesto lo anterior, aún queda un área de oportunidad con el uso de esta medida cautelar, entender mejor las características de la prisión preventiva justificada, la cual, es reconocida a nivel internacional por algunos Tratados Internacionales. Con esto se pretende ayudar al Estado Mexicano para mejorar la cultura de la legalidad en la aplicación de esta medida cautelar. En consecuencia, se describirán los siguientes instrumentos: a) Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH), b) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y c) las Reglas Mínimas sobre el Tratamiento de

13 CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, publicado en el Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917. <http://bitly.ws/ph7N>, artículos 89 y 133.

14 Véase, Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos en México, <https://acortar.link/3kj2MT>.

Reclusos o Reglas de Nelson Mandela (RMTR).

Primero, la CADH estableció en su capítulo II Derechos Civiles y Políticos los siguientes temas en relación con la prisión preventiva: 1) derecho a la integridad personal, 2) derecho a la libertad personal, 3) garantías judiciales, 4) principio de legalidad, 5) derecho a indemnización y 6) protección de la honra y de la dignidad. Indica que una persona privada de su libertad debe ser tratada con dignidad y con respeto a su integridad física, psíquica y moral, a no ser sometido a penas, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Las formas indicadas para la afectación de la libertad son: el encarcelamiento arbitrario y la detención o retención. Por último, favorece que el procesado tenga recursos legales en contra de la afectación a su libertad.¹⁵

Se destacan en este instrumento la descripción de las garantías judiciales: 1) derecho de las personas a ser oídas por el juez competente, independiente e imparcial, 2) la presunción de su inocencia y 3) el reconocimiento de la igualdad. La CADH establece también la posibilidad de tener asistencia legal, presentar testigos (peritos o personas) e incluso confesar el delito sin coacción. Se destaca la obligación de las autoridades procesales (órgano investigador y juez de control) a no afectar la libertad y la integridad de los procesados con sustento en el principio de legalidad y el derecho a indemnización. De esta forma las autoridades tienen la obligación de imponer penas más leves y resarcir el daño ocasionado a los delincuentes.¹⁶ En consecuencia y armonía legal con el marco internacional, se deben proteger estos bienes jurídicos en las investigaciones penales o al ejercitarse la acción penal en México. En concordancia el Código Nacional de Procedimientos Penales dispone:

“Artículo 140. Libertad durante la investigación

En los casos de detención por flagrancia, cuando se trate de delitos que no merezcan prisión preventiva oficiosa y el Ministerio Público determine que no solicitará prisión preventiva como medida cautelar, podrá disponer la libertad del imputado o imponerle una medida de protección en los términos de lo dispuesto por este Código.

15 CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, 7 de mayo de 1981, <https://acortar.link/6jsyAp>, artículos 1º, 2º, 5º y 7º.

16 CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, 7 de mayo de 1981, <https://acortar.link/6jsyAp>, artículos 8º, 10 y 11.

Cuando el Ministerio Público decreta la libertad del imputado, lo prevendrá a fin de que se abstenga de molestar o afectar a la víctima u ofendido y a los testigos del hecho, a no obstaculizar la investigación y comparecer cuantas veces sea citado para la práctica de diligencias de investigación, apercibiéndolo con imponerle medidas de apremio en caso de desobediencia injustificada.”

Lo anterior es un ejemplo descrito en la ley de la obligación que tiene un fiscal investigador en el proceso penal mexicano para abstenerse de afectar los bienes jurídicos de libertad e integridad personal. Esto, sucede con la orden de aprehensión en las formas de conducción del indiciado a proceso.

Otro instrumento internacional es el PIDCP, creado por la Organización de las Naciones Unidas en concordancia con la convención anterior para crear las condiciones favorables y el respeto de los derechos civiles y políticos. En relación con la prisión preventiva, sin pretender replicar la información, señaló temas en común con la CADH como son los siguientes: a) no ser sometido a tratos o penas degradantes o inhumanos, b) derecho a la libertad y seguridad personal, c) derecho a recurrir la decisión ante el juez o tribunal, d) trato humano, con respeto y digno en caso de privación de la libertad, e) derecho de los procesados a ser separados de los condenados y f) garantías judiciales, por ejemplo: ser escuchado por el juez, presunción de inocencia, igualdad procesal, ser juzgado sin dilaciones y asistencia jurídica. Sin embargo, de lo más relevante es su mandamiento obligatorio para que la prisión preventiva no sea regla general, por esto destacó que debe usarse únicamente en los siguientes casos: asegurar la comparecencia del acusado a juicio, acudir a las diligencias procesales o la ejecución del fallo.¹⁷

Por último, las Reglas de Nelson Mandela reconocidas por la Organización de las Naciones Unidas se consideran adecuadas por su búsqueda de la justicia social y el tratamiento detallado a favor de los reclusos o personas privadas de su libertad. Acorde con la medida cautelar de prisión preventiva expresó que todo tipo de privación de la libertad afecta y se debe evitar afligir de más a las personas. Indicó que las medidas de seguridad deben tener

17 PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, 23 de marzo de 1976, <https://acortar.link/iPzn7c>, artículos, 7º, 9º, 10 y 14.

como objetivo proteger a la sociedad, reducir la reincidencia y favorecer el mantenimiento de la fuente de ingreso para lograr reinserción social. Además, denominó esta normativa a los procesados “personas detenidas o en espera de juicio”¹⁸.

Las RMTR destacan que las personas deberán gozar de presunción de inocencia y trato de inocente. En reclusión las personas detenidas serán sometidas a un régimen especial: 1) serán separadas de los sentenciados, 2) divididos en edades similares o lugares diferentes, 3) deberán dormir en celdas individuales, 4) podrán recibir alimentos del exterior o del centro de reclusión, 5) vestir ropa o prendas propias durante el encierro con el debido aseo, 6) se le ofrecerá trabajo remunerado, 7) recibirá libros o documentos apropiados según el centro penitenciario, 8) asistencia en salud o tener visita de médico propio si puede solventar los gastos, 9) conocer las razones de su detención, tipo de delito con prontitud y asesoramiento legal particular o gratuito según sus posibilidades y 10) recibir materiales o documentos para la preparación de su defensa legal.¹⁹

A manera de conclusión, el marco legal internacional reprueba el uso de la prisión preventiva oficiosa y reconoce la aplicación con límites a la prisión preventiva justificada. Se destacó la posibilidad de que algunas normas internacionales en armonía con las leyes locales ayuden a evitar lesionar la dignidad y libertad de las personas. Las normas internacionales convergen en garantías procesales para los procesados como, por ejemplo: la asistencia legal y el trato digno. Por otro lado, señalaron reglas para el uso de la prisión preventiva, como son: garantizar la presencia del procesado en las etapas penales, la protección social, bajar la reincidencia delictiva en sociedad, ayudar en el ámbito laboral a las personas privadas de su libertad y reglas de trato durante el encierro.

18 Son aquellas personas que están detenidas o presas en local de policía o en prisión por la imputación de un delito, pero sin haber sido juzgadas. Véase, REGLAS MÍNIMAS SOBRE EL TRATAMIENTO DE RECLUSOS O REGLAS DE NELSON MANDELA, 13 de mayo de 1977, <https://acortar.link/mPMHHm>, regla 111.

19 REGLAS MÍNIMAS SOBRE EL TRATAMIENTO DE RECLUSOS O REGLAS DE NELSON MANDELA, 13 de mayo de 1977, <https://acortar.link/mPMHHm>, reglas 112 a la 120.

III. EVOLUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA ACUSATORIO DE YUCATÁN DURANTE EL PERIODO JUNIO 2008 AL 2023

A partir del Decreto que Reformó la Carta Magna en relación con temas de Seguridad y Justicia²⁰ se establecieron las bases para el tránsito de un modelo procesal penal mixto a uno de tipo acusatorio en México. Yucatán fue uno de los primeros estados de la República Mexicana en implementar el Sistema de Justicia Penal Acusatorio y publicó en el Diario Oficial del Estado de Yucatán el Código Procesal para el Estado de Yucatán el 8 de junio del año 2011. Cabe destacar que este solo se implementó un par de años, debido a la publicación de un nuevo Código Nacional Procesal aplicable para toda la república mexicana.²¹ Actualmente en el estado de Yucatán, se encuentran transitando tres sistemas de justicia diferentes debido al rezago de asuntos sin concluir en los sistemas penales. Los sistemas procesales de justicia penal son el Mixto²² con asuntos rezagados o no finalizados en los procesos penales, el Sistema Acusatorio Yucateco de la reforma de 8 de junio del 2011²³ y el Sistema Penal Acusatorio relacionado con el Código Nacional de Procedimientos Penales publicado el 5 de marzo del 2014.²⁴

Un sistema procesal según Colín Sánchez es la relación jurídica en la que tienen lugar actos de diversa índole debidamente reglamentados para lograr un fin determinado, cuyos actos procesales deben de ser uniformes y adecuados a la mecánica especial, revestida de formas específicas, cuyos aspectos singulares son la base en que se sustenta todo el sistema procesal. De igual forma definió sistema inquisitivo y sistema acusatorio. El primero, señaló es un régimen despótico con las siguientes características: impera la verdad ma-

terial, la privación de la libertad está sujeta al capricho de la autoridad, se
 20 CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, publicado en el Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917. <http://bitly.ws/ph7N>, artículo 20.

21 CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, *Diario Oficial del Estado de Yucatán*, 5 de marzo de 2014.

22 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PENAL DEL ESTADO DE YUCATÁN, *Diario Oficial del Gobierno del Estado de Yucatán*, 15 de diciembre de 1994.

23 CÓDIGO PROCESAL PENAL PARA EL ESTADO DE YUCATÁN, 8 de junio de 2011, <https://bit.ly/3OQm5B4>.

24 CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, *Diario Oficial del Estado de Yucatán*, 5 de marzo de 2014.

utiliza el tormento para obtener la confesión, incomunicación del detenido, secreto del procedimiento, los actos de acusación y defensa recaen sobre el juez quien tiene amplitud en la decisión y manipulación de los medios de prueba.

Ahora bien, el sistema acusatorio se utiliza en los países democráticos e incluye los siguientes elementos: la acusación reside en el ministerio público, el acto de decidir pertenece a los jueces y la libertad de las personas está garantizada por garantías instituidas salvo excepciones procesales. Por último, destacó que en el sistema mixto se unen elementos del sistema inquisitivo y acusatorio como son los siguientes: el proceso nace de una acusación de un órgano estatal, el juez no puede avocarse al conocimiento de la conducta o hecho punible, durante algunas etapas existe el secreto y se realiza de manera escrita.²⁵ Según las características de los sistemas penales la figura de la prisión preventiva incluye diferentes elementos para su aplicación.

Las diferentes características de la prisión preventiva en cada uno de los sistemas penales en el estado de Yucatán propiciaron un cambio en las prácticas de justicia, por lo cual, es importante identificar los cambios de esta figura en los sistemas penales. En relación con el ámbito procesal del sistema mixto o inquisitivo implementado en Yucatán a partir del 30 de marzo del 2000, no se estableció la figura jurídica de prisión preventiva en su catálogo de medidas de seguridad, únicamente se describe en el Capítulo II titulado “Prisión” la indicación de aplicar la figura legal en establecimientos especiales. Otro tema que propició en este sistema la aplicación de una medida de seguridad en contra de la libertad fueron los supuestos de flagrancia, caso urgente y la presentación ante el juez por causa del ejercicio de la acción penal:²⁶

25 Colin Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Decimo segunda edición, Editorial Porrúa, S.A. Av. Republica de Argentina 15, México, 1990, pp.64-66.

26 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PENAL DEL ESTADO DE YUCATÁN, *Diario Oficial del Gobierno del Estado de Yucatán*, 15 de diciembre de 1994.

Tabla 2
Formas de privación de la libertad en el Sistema Mixto de Justicia Penal

Casos de detención anticipada	Casos que MP ordena detención o retención		Casos de detención por presentación o solicitud de MP	Casos de detención por orden judicial	Casos de detención por orden judicial por ejercicio de la acción penal del MP
Por punto	Por delito flagrante	Por caso urgente	No cubrir o garantizar el monto de la Libertad provisional bajo caución	Aplica a delitos con pena máxima que no exceda de 5 años e incluye de beneficio estar en su domicilio y trasladarse al trabajo	Con detenido Ratificará la detención si fuere constitucional o en caso contrario la libertad
La edad de la persona afectada a la detención	Sujeto activo perseguido materialmente después del hecho delictivo	El inculcado interviene en comisión de delitos graves	Delitos graves según el artículo 13 Código Procesal Penal de Yucatán		Se detendrá o negará la aprehensión, reaprehensión o comparecer
La edad de la persona afectada a la detención	Testigos señalan al responsable del delito y existen objetos o instrumentos en su poder que determinan intervención en el hecho	Escapar de la acción de la justicia Per causa de hoga, lugar u otro elemento no puede solicitar a la autoridad judicial	Delitos culpables de tránsito de vehículos por: Abandono de persona lesionada Estado de ebriedad Bajo influjo de estupefacientes, psicotrópicos u		

Fuente: Elaboración propia a partir de la consulta de los artículos 236, 237, 238, 241, 252 y 290 del Código de Procedimientos en Materia Penal del Estado de Yucatán publicado en el Diario Oficial del Gobierno del Estado de

Yucatán el 15 de diciembre de 1994. La abreviatura M.P en la tabla significa Ministerio Público.

La normativa penal determinó casos para privar de la libertad a una persona derivado del estado de la investigación o del proceso. La flagrancia, el caso urgente o la determinación de un juez por causa del ejercicio de la acción penal establecieron supuestos para detener o retener a una persona en prisión. Esta medida cautelar se utilizó para intimidar y dañar a los procesados en el Sistema Mixto o Inquisitivo hasta antes de la reforma constitucional de junio del 2008. El cambio establecido en el Pacto Federal propició la creación de códigos adjetivos en diversos estados de la República Mexicana. En el estado de Yucatán se publicó el 8 de junio del año 2011 el Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán y se establecieron nuevas disposiciones para la aplicación de la prisión preventiva:

Tabla 3
Elementos de valor en la aplicación de la prisión preventiva en primer Sistema Acusatorio en Yucatán

Oficina	Justificada	Criterios de necesidad de cautela	Audiencia y Recursos en su aplicación Apelaciones
Por causa de un catálogo de delitos: homicidio, violación secuestro, medios violentos (armas y explosivos) y delitos graves (libre desarrollo de la personalidad y la salud).	Asegurar presencia del imputado o acusado en la audiencia de juicio oral y demás actos que requieran su presencia.	-Existencia de antecedentes penales -Arraigo en el lugar donde debe ser juzgado, e incluye: domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, facilidades para abandonar el país o permanecer oculto y negativa o falsedad a otorgar domicilio. -Magnitud de la pena, número de delitos y carácter de estos.	La realización de medidas cautelares será para: imponer, revisar, sustituir, modificar o cesar una medida. Las resoluciones admiten el recurso de apelación.
Principio de proporcionalidad	Seguridad de la víctima, los testigos y la comunidad	-Importancia del daño a reparar.	
Criterios de necesidad de cautela	Obstaculización del proceso y la investigación.	-Comportamiento del imputado. -Inobservancia de las medidas cautelares.	
	Principio de proporcionalidad	-Desacato de citaciones. -Daños a las pruebas o a la víctima. -Afectación a testigos o peritos en su testimonio o aporte. -Imputado sujeto a otra medida o beneficio alternativo de ejecución de pena.	

Fuente: elaboración propia a partir de la consulta CÓDIGO PROCESAL PENAL PARA EL ESTADO DE YUCATÁN, 8 de junio de 2011, <https://bit.ly/3OQm5B4>.

En la tabla se destaca la clasificación de la prisión preventiva, los elementos para determinar la necesidad de cautela y la incorporación del principio de proporcionalidad en el primer Sistema Penal Acusatorio implementado en Yucatán en el año 2011. En apariencia, los elementos que configuran esta cautela se relacionaron con lo justo y el debido proceso, sin embargo, algunos de estos lineamientos son de tipo discriminatorio, por ejemplo, en el caso de la magnitud o importancia del daño a reparar no debe ser considerado como

un elemento que justifique la necesidad de cautela. Este criterio se comparte por Tribunales Colegiados de Circuito quienes en Tesis²⁷ indicaron que, para establecer la necesidad de cautela no se debe de afectar el principio de presunción de inocencia y el principio de mínima intervención. Otra práctica de discriminación fue aplicar una medida cautelar por contar con antecedentes penales. Lo anterior, violó el derecho humano de igualdad ante la ley según lo estable la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁸

En consecuencia, la prisión preventiva requirió para su uso valorar los siguientes elementos: si es o no desproporcionada, la gravedad de la conducta, las circunstancias de su comisión y la sanción particular. Con el paso de unos años, a nivel nacional se publicó el 5 de marzo del año 2014 el Código Nacional de Procedimientos Penales y derogó el código adjetivo estatal. Éste, determinó a nivel local y federal los lineamientos para la aplicación de la prisión preventiva oficiosa y prisión preventiva justificada.²⁹ Más adelante se analizará la segunda debido a las características que se necesitan para elaborar una adecuada estrategia en audiencia.

IV. LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU RELACIÓN CON LA PROPORCIONALIDAD Y LA NECESIDAD DE CAUTELA

Para establecer el vínculo de la prisión preventiva con la proporcionalidad y la necesidad de cautela en el Sistema Acusatorio Penal se debe comenzar con distinguir entre prisión preventiva oficiosa y prisión preventiva justificada. De manera sencilla la primera aplica de forma obligatoria con base en un listado de delitos y la segunda aplica si se comprueba la necesidad de cautela, lo cual, traerá aparejado un ejercicio de proporcionalidad. Por esto,

27 ORDEN DE APREHENSIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. EL SEÑALAMIENTO DEL MONTO ECONÓMICO DE LO QUE ESTIMA EL MINISTERIO PÚBLICO OBTUVO EL IMPUTADO ILÍCITAMENTE POR EL HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO, NO PUEDE CONSIDERARSE PARA JUSTIFICAR LA NECESIDAD DE CAUTELA PARA LA EMISIÓN DE AQUÉLLA, PUES DE LO CONTRARIO, SE VIOLA EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA”, Tribunal Colegiado de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10 época, Lib. 75 t. III, febrero 2020, Tesis: I.6o.P.159 P (10a.), Registro digital: 2021642, p. 2338.

28 CONVENCION AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS, 7 de mayo de 1981, <https://acortar.link/6jsyAp>.

29 CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, *Diario Oficial del Estado de Yucatán*, 5 de marzo de 2014.

cada elemento requiere definirse y tener un adecuado entendimiento, entonces, se partirá de los requisitos para la aplicación de la clasificación de esta medida cautelar, según el aparato normativo:

Tabla 4

Criterios de valoración en la aplicación de la Prisión Preventiva

Medida Cautelar de Prisión Preventiva	
Oficiosa	Justificada
Aplica cuando se incluye descrita la conducta ilícita en el catálogo de delitos señalados en la Carta Magna artículo 19	Riesgo para las víctimas, testigos o la comunidad.
Según el listado de tipos penales del Código Nacional de Procedimientos Penales artículo 167	Obstaculización de la investigación
Aquellos delitos indicados en otras leyes Nacionales, Federales y estatales.	Peligro de sustracción del imputado

Fuente: Elaboración propia a partir de la consulta de la Constitución Política Federal, Código Nacional de Procedimientos Penales y el Código Penal del Estado de Yucatán.

Los elementos señalados en la tabla número 4 son importantes para distinguir los casos para usar la prisión preventiva en Yucatán y a nivel nacional. De manera particular, la prisión preventiva oficiosa se usará de forma obligatoria cuando se incluya en los catálogos de las leyes descritas en el cuadro. El problema es la interpretación de qué delitos son, debido a que, tanto la Carta Magna como el Código Procesal Nacional son ambiguos en su descripción, por ejemplo, el listado del Pacto Federal señala para aplicación oficiosa u obligatoria tipos penales (aplicables en la rama federal y común), delitos graves (existentes en fueros locales y federales) y bienes jurídicos (ejemplo el libre desarrollo de la personalidad). Sin embargo, en este trabajo no se determinarán estos supuestos, lo que se desea es construir una estrategia para entender

el uso de la prisión preventiva justificada.

Entonces, la prisión preventiva justificada aplicará con base en la tabla 4 cuando exista riesgo de fuga, afectación a la investigación o peligro contra la víctima, testigos o la comunidad o más bien la Teoría del Riesgo. No obstante, otros elementos para valorar son también la necesidad de cautela y la proporcionalidad. Los operarios de justicia deberán distinguir cada uno de estos elementos y asociarlos a su asunto con base en la teoría del caso, lo cual, será tema más adelante en este estudio.

Primero, la necesidad de cautela³⁰ se define como justificar el imperativo de adoptar medidas de coerción, las cuales, serán medidas cautelares que podrán aplicarse cuando se haya dictado la vinculación a proceso y los datos de prueba revelen que son necesarias para cumplir con la siguiente finalidad: asegurar la presencia del imputado, evitar obstaculizar el proceso o investigación penal, proteger a la víctima, testigos o sociedad. No se tomará en cuenta para aplicar una medida cautelar si el procesado cometió previo o posterior al proceso penal otro delito, se requiere colmar alguno de los objetivos descritos.³¹ Se observa una similitud entre los fines de la necesidad de cautela y los supuestos de la teoría del riesgo para el uso de la prisión preventiva justificada.

Asimismo, para esclarecer o entender mejor la necesidad de cautela se debe indicar el aparato institucional, el cual, deberá tomar en cuenta para la aplicación de las medidas cautelares la evaluación del riesgo. Esta la elabora el Centro Estatal de Medidas Cautelares (CEMC) órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Seguridad Pública con autonomía técnica y operativa, importante para determinar la necesidad de cautela en la aplicación y seguimiento de las medidas cautelares siempre en pro de la presunción de inocencia y la protección de la víctima o la sociedad.³²

El fiscal o litigante considerará las tareas del CEMC, las cuales son: 1) realizar un estudio del procesado en relación con sus antecedentes del indiciado, su condición económica, familiar, social y los procesos o asuntos penales

30 El CEMC tiene como objetivo determinar la necesidad de cautela por medio de la evaluación de riesgo.

31 Decreto 186/2014 por el que se emite la ley de medidas cautelares del proceso penal en el estado de Yucatán, 29 de mayo de 2014, <https://acortar.link/3b8EIQ>, punto tercero de la Exposición de Motivos y el artículo 7.

32 *Ibidem*, <https://acortar.link/3b8EIQ>, artículo 19.

en su contra; 2) identificar el nivel de necesidad de la medida cautelar, 3) elaborar y entregar un dictamen de necesidad de cautela al fiscal, el asesor jurídico y al defensor; 4) dar seguimiento y vigilancia al cumplimiento y aplicación de las medidas cautelares; 5) informar el ministerio público el incumplimiento de medidas aplicadas; 6) solicitar información al procesado o a dependencias municipales, estatales o federales en relación con el caso, y; 7) tener registro de la información recabada en los dictámenes y en las actividades de vigilancia realizadas.³³

En relación con la tarea número tres o elaboración del dictamen se realizará en tres momentos al inicio con la detención o en la citación a una audiencia de vinculación a proceso, la cual se anexará a la carpeta de investigación. Se destaca que puede llevarse la audiencia, aún sin contar con el dictamen de riesgo del CEMC.³⁴

El último elemento para considerar en la aplicación de la prisión preventiva justificada, pero él más importante será la proporcionalidad. Ésta se define según una concepción de derecho penal como aplicar las penas de forma proporcional a la gravedad del acto ilícito.³⁵ Sin embargo, se requiere un análisis más profundo para colmar este concepto. Conviene señalar con sustento en una teoría argumentativa de Robert Alexy que el Principio de Proporcionalidad no se debe valorar como una regla, es decir, si este se ha cumplido o no, por el contrario, los principios son mandatos de optimización donde colisionan dos intereses y el grado de satisfacción de uno de ellos se logra por encima del otro a través de la ponderación.³⁶

De esta forma, el ejercicio de proporcionalidad requiere un ejercicio de optimización, este se logrará con la valoración de los siguientes elementos: 1) las posibilidades fácticas según los subprincipios de idoneidad y de necesidad y 2) las circunstancias jurídicas de acuerdo con principio de proporcionalidad.

33 Decreto 186/2014 por el que se emite la ley de medidas cautelares del proceso penal en el estado de Yucatán, 29 de mayo de 2014, <https://acortar.link/3b8EIQ>, artículo 20.

34 *Ibidem*, <https://acortar.link/3b8EIQ>, artículo 26 y 27.

35 Véase, Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, <https://acortar.link/my38wA>, (30 de junio de 2023).

36 Alexy, Robert, “Los Derechos Fundamentales y el Principio de Proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril, 2011, pp.12-13, <https://acortar.link/yz45Uy>.

El subprincipio de idoneidad refiere favorecer a una persona en sus intereses o derechos sin perjudicar a la otra, de no ser posible lo anterior, debe existir una razón objetivamente clara para la determinación. Esto, nos lleva a evaluar la idoneidad³⁷, en consecuencia, será suficiente que los medios utilizados cumplan los fines de la ley en alguna medida.³⁸

Otro subprincipio es la necesidad, según la cual, ante la presencia de dos dispositivos idóneos se debe preferir el menos lesivo, entiéndase que la medida es idónea pero lesiva en menor proporción. Por último, está el principio de proporcionalidad, este tendrá lugar según las posibilidades jurídicas y representa la ponderación. Así, un bien debe afectarse a costa del otro derivado del conflicto de ambos y esto requiere sopesar en escalas.³⁹ En adhesión, la proporcionalidad en el derecho mexicano encuentra sustento en el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución Política Federal:⁴⁰

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.”⁴¹

Las personas tienen en un estado de corte democrático la protección de su persona, familia, posesiones y otros, por lo que, una resolución debe ser equilibrada al momento de imponerse o afectar los bienes jurídicos de la sociedad, por ejemplo, en caso de la aplicación de la prisión preventiva, se debe

37 A manera de comentario la idoneidad en el artículo 172 del Código Nacional de Procedimientos Penales incluyó analizar lo siguiente: peligro de sustracción del imputado a juicio, el peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación y el riesgo para la víctima u ofendido, para los testigos o para la comunidad. Adicionalmente obliga al juez de control a estudiar las características del imputado, su capacidad económica y la posibilidad de que cumpla de las obligaciones procesales.

38 Alexy, Robert, “Los Derechos Fundamentales y el Principio de Proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril, 2011, pp.12-14, <https://acortar.link/yz45Uy>.

39 *Ibidem*, pp.14-15, <https://acortar.link/yz45Uy>.

40 Sánchez Gil, Rubén, *El Principio de Proporcionalidad*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Colección Estado de Derecho y Función Judicial, p.69.

41 CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, publicado en el Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917. <http://bitly.ws/ph7N>, artículo 16.

cuidar la libertad del procesado y también la protección de la víctima por causa del acto ilícito. Por ello, para considerarse proporcional una medida deberá colmar la garantía de motivación, en caso contrario se violaría un derecho humano. En síntesis, estamos frente a dos violaciones: 1) la libertad, vinculada con un derecho procesal como es la presunción de inocencia, y 2) la garantía de motivación, con la cual se debe sustentar o explicar las razones de la imposición. De ahí la importancia de la proporcionalidad en la aplicación de la ley penal.

Por otro lado, en búsqueda de una definición sustentada en el Código Nacional de Procedimientos Penales, la proporcionalidad refiere considerar los siguientes elementos: a) la idoneidad de la medida, b) la evaluación del riesgo del CEMC, c) justificar las razones que hacen a la medida elegida por el juez la menos lesiva, d) reflexionar tanto los argumentos de las partes junto con la justificación del Ministerio Público y e) aplicar un criterio de mínima intervención con base en los fines del artículo 19 de la Carta Magna.⁴² Por lo tanto, desglosaremos esta definición para desentrañar su significado.

La ley adjetiva procesal obliga a valorar lo expuesto en la audiencia por el fiscal, el asesor y el defensor (sin omitir palabras del procesado o de la víctima según el caso). Esta examinación incluirá un ejercicio discrecional de análisis mental por parte del juez, quien ponderará cuáles son las normas utilizadas y la legalidad de sus intereses con base en los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (teoría argumentativa). La base jurídica estará en la teoría del riesgo, las leyes locales o federales y en los Tratados Internacionales o Tesis vinculadas. Además, se tendrá en cuenta el criterio de mínima intervención, definido como última opción el uso de la coacción del derecho penal en contra de otros bienes jurídicos, por ello, refiere valorar la libertad del procesado a costa de la vida o integridad de la víctima⁴³.

Por último, La referencia al artículo 19 de la Constitucional en los elementos de la proporcionalidad del código procesal penal indica que la prisión

42 CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, *Diario Oficial del Estado de Yucatán*, 5 de marzo de 2014, artículo 156.

43 Guerrero Ramírez, Leonardo y Morocho Baculima, Katherine, “Análisis del Principio de Mínima Intervención Penal frente a la vulneración de la Presunción de Inocencia en la Legislación Ecuatoriana”, *Polo del Conocimiento*, edición número 67, vol. 7, núm. 2, enero-febrero 2022, p.971, <https://acortar.link/ShEbk6>.

preventiva se aplicará cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la presencia del imputado a juicio, el desarrollo de la investigación o la protección de la víctima los testigos o la comunidad, en otras palabras, considerar como opción otras medidas cautelares con base en la idoneidad y los fines deseados en un proceso penal.

Finalmente, la figura jurídica de prisión preventiva después de la reforma de junio de 2008 ha integrado para su aplicación la valoración del principio de proporcionalidad y de la necesidad de cautela como factores decisivos en su aplicación. Así, requiere distinguir los casos de aplicación de la medida en cuestión según su clasificación. Se distingue una de la otra por su calidad de obligatoria y su aplicación sin el análisis de la necesidad de cautela o proporcionalidad. La necesidad de cautela se determinará por patrones de conducta y personalidad del sujeto a la par de una evaluación de riesgo emitida por el CEMC en el desarrollo de sus funciones institucionales. En suma, para un desarrollo de estado democrático se requiere apostar por un examen de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en armonía con la Carta Magna y el Código Nacional de Procedimientos Penales.

V. LAS ESTRATEGIAS LEGALES DE LOS DEFENSORES Y FISCALES EN EL CAMPO JURÍDICO.

En las audiencias de medidas cautelares del Sistema de Justicia Penal Acusatorio Mexicano, se distinguió la necesidad del conocimiento de la ley e identificar los datos de investigación útiles, legales y pertinentes para utilizar los conocimientos técnicos en el campo jurídico. Además, después del ejercicio de la acción penal, en audiencia se observó el desarrollo de diferentes discursos por parte de los fiscales en funciones de litigación para la solicitud de aplicación de la prisión preventiva:

Tabla 5

Delitos y medidas cautelares aplicadas en las Audiencias

Número de Audiencia Observada	Tipo de delito
1	Robo a mano armada
2	Homicidio por accidente de tránsito
3	Lesiones
4	Narcomenudeo (finalidad de venta)
5	Robo calificado
6	Homicidio caso (Ema Molina, revisión de medidas)
7	Sustracción de menores
8	Ataques peligrosos y portación de armas e instrumentos prohibidos
9	Incumplimiento de obligaciones de asistencia familiar
10	Abuso sexual

Fuente: Elaboración propia a partir de la observación de audiencias de Medidas Cautelares en el Centro Estatal de Justicia Oral de Mérida del Sistema Acusatorio Penal del Estado de Yucatán durante los meses de enero a marzo del año 2018.

En la tabla se presentan diez casos penales observados en audiencia, en los cuales, tanto el fiscal como el defensor presentaron ante el juez diversas

estrategias legales para establecer sus pretensiones en la práctica de prisión preventiva. Por parte del fiscal, este solicitó en los diez casos se aplique la medida cautelar de prisión preventiva, aunque como se aprecia en el esquema no en todos los casos se utilizó. Ante esta solicitud los defensores se mostraron pasivos, es decir, no aportaron pruebas en las audiencias útiles, legales y pertinentes para defender la libertad de los procesados, esto refiere un desconocimiento de la ley y un inadecuado ejercicio profesional (defensa técnica). Debido a la inactividad en las audiencias por parte de los defensores, se describirá lo indicado por los fiscales dependiendo las características o tipo de delitos durante la audiencia.

Los principales postulados en la solicitud de medidas cautelares fueron para asegurar la presencia del indiciado en el proceso penal y destacaron los siguientes elementos: 1) la persona tiene familiares fuera del país, 2) el domicilio es incierto, 3) residencia en diversos lugares de la república, 4) tiene hijos, familiares o cohabita con alguien en su domicilio, 5) testigos o vecinos de su hogar acreditan sus generales, 6) determinar empleo, trabajo u ocupación, 7) ingresos económicos o emolumentos del procesado, 8) hábitos de conducta social o familiar (relación con las personas), 9) antecedentes penales, 10) corroborar datos de identificación por el CEMC, 11) según el dictamen con resultado bajo, medio o alto del Centro Estatal de Medidas Cautelares, 12) representa un riesgo derivado del conocimiento o cercanía con el domicilio de la víctima, 13) punibilidad o máximo de la cuantía de la pena es elevada por el tipo penal, 14) falta de voluntad a la ley por intentar sustraerse de la acción de la justicia, 15) sustraerse de la acción de la justicia por no alcanzar beneficios sustitutivos de la pena, 16) no presenta en su persona un estado de gravidez o enfermedad, no es mayor de 70 años, no tiene enfermedad grave o embarazo y 17) está siendo procesado o investigado simultáneamente por otros delitos.

Para desarrollar una estrategia en el Campo Jurídico existen dos perspectivas: acusación y defensa. En la primera, el fiscal desea establecer con datos y medios de prueba que una persona procesada cumple cada rubro, es decir, representa un peligro que se escape del lugar del juicio, realice actos

que obstaculicen o retrasen la investigación o existe algún tipo de amenaza para la víctima del delito. Por lo tanto, deberá el fiscal integrar una carpeta de investigación determinando no solo elementos que constituyen el delito, sino que se deberá centrar su atención en los siguientes temas: a) arraigo de la persona en el lugar del proceso penal, b) comportamientos o acciones violentas del indiciado y c) elementos que determinen si requiere cuidados especiales la víctima.

Por otro lado, los defensores tienen como labor interpretar la teoría del riesgo en sentido contrario, por lo que se fijaran en diligencias, documentos, datos o medios de prueba que favorezcan el arraigo de una persona o determinen su baja peligrosidad para que permanezca en libertad. En general, ambas partes deberán establecer una posición para probar los siguientes elementos de la Teoría del Riesgo:

Tabla 6

Elementos o datos de prueba en relación con la Teoría del Riesgo

Dispositivos normativos de la Teoría del Riesgo	Elementos de la ley	Datos o medios de prueba
Artículo 168 Delito de sustracción del imputado	-Alzago del domicilio	-Recibos de luz, agua, teléfono u otros.
	-Máximo de la pena	-Ley penal y las tesis aisladas o jurisprudenciales
	-Comportamiento posterior al delito	-Testigos o familiares -Cámaras de video -Registros de conducta o Informe Policial Homologado
	-Inobservancia de medidas	-Registros de la PG o del CEMC -Testimonios -Informes de policía
	-Desacato de citaciones	-Registros de la FO o del CEMC
Artículo 169 Delito de obstrucción del desarrollo de la investigación	-Declarar, modificar o falsificar pruebas	-Registros de la PG o de la Policía -Videos -Documentos o elementos materiales
	-Influir en peritos, testigos o comparecidos para comportarse de manera reticente	-Audios o videos -Llamadas por teléfono -Documentos u otros elementos materiales -Testimonios
	-Intimidar, amenazar u obstrucir a los servidores públicos en la investigación	-Audios o videos -Llamadas por teléfono -Documentos u otros elementos materiales -Testimonios
Artículo 170 Riesgo para la víctima u ofendido, testigos o la comunidad.	Circunstancias o condiciones particulares que deriven en la existencia de un riesgo fundado contra integridad o la vida de la víctima	-Audios o videos -Llamadas por teléfono -Documentos u otros elementos materiales -Testimonios

Fuente: Elaboración propia a partir del Código Nacional de Procedimientos Penales y la observación de audiencias de medidas cautelares en el Centro de Justicia Oral de Mérida.

Se aclara que las partes (fiscal y defensor) deberán desde su conocimiento o nombramiento, según sea el caso con acceso a la carpeta de investigación, establecer los datos o medios de prueba descritos en la tabla, por ejemplo, el abogado defensor deberá comprobar (con datos o medios de prueba) de manera objetiva, lícita, útil y pertinente: 1) comprobar el lugar de nacimiento del procesado, 2) probar el tiempo o periodo que lleva viviendo en su domicilio, 3) dar a conocer medios o datos relacionados con el comportamiento del indiciado con la víctima o la sociedad y 4) mostrar todas las actividades, ocupaciones u oficios junto con el emolumento respectivo del procesado. Sin embargo, con una visión estratégica deberá utilizarse el dictamen de riesgo del Centro Estatal de Medidas Cautelares (CEMC) cuyo resultado arrojará un nivel de cautela bajo, medio o alto.

Por último, durante la tramitación de la audiencia deberá hacerse valer los elementos de prueba vertidos en la carpeta de investigación, junto con los artículos de derecho que considere más adecuados, sin dejar de lado, el dictamen de riesgo emitido por el CEMC. Se aclara que estos elementos fácticos y probatorios incluidos para la defensa de los intereses deben hacerse valer siempre para comprobar la baja necesidad de cautela con base en el principio de proporcionalidad.

VI. CONCLUSIONES

En el campo jurídico mexicano e internacional la prisión preventiva oficiosa debe ser sustituida por la justificada para evitar violar el derecho a la presunción de inocencia y la seguridad jurídica de la sociedad. Por ello, se propone entender la figura de la prisión preventiva justificada con la teoría del caso, adecuada en acusación o defensa, según la posición en el Campo Jurídico. Lo anterior, significa establecer hechos, derecho y pruebas adecuados a la estrategia de los agentes jurídicos para hacerla valer en la audiencia de medidas cautelares en el Sistema Penal Acusatorio.

Así, el fiscal debe probar la necesidad de cautela y aproximarse a un

planteamiento proporcional objetivamente sustentado. Si desea que el juez de control valide la solicitud de aplicar la medida cautelar de prisión preventiva, debe adecuar su Teoría del Caso con los rubros de la Teoría del Riesgo, dirigiendo su investigación con la Evaluación de Riesgo del CEMC.

Por otro lado, el defensor preparará los datos o medios de prueba desde el conocimiento del asunto para establecer una baja necesidad de cautela en la audiencia de medidas cautelares, por lo tanto, deberá integrar la carpeta de investigación con datos o elementos que determinen comportamientos, condiciones económicas o relaciones familiares favorables para desvirtuar la Teoría del Riesgo.

La proporcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva significa realizar un ejercicio de ponderación para sopesar los bienes jurídicos de la víctima y el procesado, de esta forma, busca determinar la clasificación del delito según su gravedad de la persona y sus condiciones de formación, familia, trabajo y conducta de forma objetiva con datos o medios de prueba adecuados a la presencia del imputado durante el proceso penal, proteger la integridad o vida de la víctima, los testigos o la sociedad y evitar se obstaculice el proceso penal o la investigación. Además, se propone para el ejercicio de la proporcionalidad, en el uso de la prisión preventiva y de las medidas cautelares en general dentro del campo jurídico mexicano, contemplar además de la normativa nacional e internacional indicada en los apartados anteriores:

Tabla 7
Ejercicio de Proporcionalidad en el Campo Jurídico Mexicano

Elementos	Significado	
Teoría del Riesgo y los datos o medios de prueba	a) Peligro sustracción imputado b) Riesgo para la víctima, testigos o comunidad c) Peligro de obstaculización del proceso	Probar con los siguientes datos o medios: 1) Documentos 2) Testimonios 3) Videos 4) Imágenes 5) Informes
Idoneidad (Código Nacional de Procedimientos Penales)	1) Estudio de las características del imputado, su capacidad económica y la posibilidad de que cumpla de las obligaciones procesales 2) Analizar la Teoría del Riesgo	
Idoneidad (Subprincipio de la Proporcionalidad)	Aplicar la medida cautelar menos lesiva considerando la Teoría del Riesgo	
Necesidad (Subprincipio de la Proporcionalidad)	Elegir la medida cautelar menos lesiva para lograr la Teoría del Riesgo	
Proporcionalidad (Subprincipio de la Proporcionalidad)	Sopesar o ponderar para elegir la vida de alguno de los bienes jurídicos en juego dentro del campo: 1) la libertad del imputado y 2) la integridad, seguridad o vida de la víctima. Todo visualizando la Teoría del Riesgo	

Evaluación o Dictamen de Riesgo del CEMC	<ul style="list-style-type: none"> a) Descripción de los antecedentes del indiciado, su condición económica, familiar, social y los procesos o asuntos penales en su contra, b) La información recabada por entrevistas al procesado u otros testigos c) Datos de las dependencias de gobierno. d) Resultado de la evaluación para necesidad de cautela baja, media o alta
Justificar o motivar las razones de la necesidad de cautela	Utilizar elementos fácticos, probatorios y jurídicos para establecer una medida cautelar para adoptar medidas coercitivas
Criterio de mínima intervención o última ratio	Visualizar si no existe otra medida cautelar menos lesiva u otro medio de protección menos invasivo

Fuente: Elaboración propia según los elementos analizados en el cuerpo del trabajo.

Finalmente, el estado mexicano desde un enfoque democrático requiere la valoración de los elementos indicados para la proporcionalidad descritos en la tabla. Lo anterior, para ayudar a los agentes jurídicos en las estrategias dentro de la audiencia de medidas cautelares y el caso particular de la aplicación o uso de la prisión preventiva. La presunción de inocencia y evitar impunidad en la comisión de los actos ilícitos forman parte de la visión polarizada que tiene que cubrir entre sus objetivos el Sistema Penal Acusatorio Mexicano. Por ello, se debe buscar hacer vidente la práctica de la prisión preventiva y no ciega creando ambigüedad en el entendimiento de los elementos que la componen. El estado democrático apuesta progresivamente por la seguridad jurídica y un garantismo de los Derechos Humanos.

VII. REFERENCIAS

Leyes

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA PENAL DEL ESTADO DE YUCATÁN, *Diario Oficial del Gobierno del Estado de Yucatán*, 15 de diciembre de 1994.

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, publicado en el Diario Oficial de la Federación, 5 de marzo del 2014. <http://bitly.ws/AYJy>, artículo 121 Defensa Técnica.

CÓDIGO PROCESAL PENAL PARA EL ESTADO DE YUCATÁN, 8 de junio de 2011, <https://bit.ly/3OQm5B4>.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 5 de febrero de 1917. <http://bitly.ws/ph7N>.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, 7 de mayo de 1981, <https://acortar.link/6jsyAp>.

DECRETO 186/2014 POR EL QUE SE EMITE LA LEY DE MEDIDAS CAUTELARES DEL PROCESO PENAL EN EL ESTADO DE YUCATÁN, 29 de mayo de 2014, <https://acortar.link/3b8EIQ>.

DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN ARTÍCULOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA MEXICANA, publicada en el Diario Oficial de la Federación, 18 de junio del 2014. <https://bit.ly/3LaQwjP>.

PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, 23 de marzo de 1976, <https://acortar.link/iPzn7c>, artículos, 7º, 9º, 10 y 14.

REGLAS MÍNIMAS SOBRE EL TRATAMIENTO DE RECLUSOS O REGLAS DE NELSON MANDELA, 13 de mayo de 1977, <https://acortar.link/mPMHHm>, reglas 112 a la 120.

Tesis

“ORDEN DE APREHENSIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. EL SEÑALAMIENTO DEL MONTO ECONÓMICO DE LO QUE ESTIMA EL MINISTERIO PÚBLICO OBTUVO EL IMPUTADO ILÍCITAMENTE POR EL HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO, NO PUEDE CONSIDERARSE PARA JUSTIFICAR LA NECESIDAD DE CAUTELA PARA LA EMISIÓN DE AQUÉLLA, PUES DE LO CONTRARIO, SE VIOLA EL PRIN-

CIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA”, Tribunal Colegiado de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10 época, Lib. 75 t. III, febrero 2020, Tesis: I.6o.P.159 P (10a.), Registro digital: 2021642, p. 2338.

Libros

Barrueta Díaz, Julio, *La Defensa Ineficaz en el Proceso Común y la Transgresión al Derecho de Defensa Técnica, Visto por los Abogados Penalistas en la Ciudad de Huánuco, 2019*, Tesis, Huánuco Perú, Universidad de Huánuco, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas, 2021, <https://acortar.link/aAWbNM>, p.95.

Bourdieu, Pierre y Teubner, Ghunter, *La Fuerza del Derecho*, Nuevo Pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Bogotá, 2000, pp.155-156.

Colin Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Decimo segunda edición, Editorial Porrúa, S.A. Av. Republica de Argentina 15, México, 1990, pp.64-66.

Hernández Sampieri, Roberto, Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, Pilar, *Metodología de la Investigación*, 4a ed. Mc Graw Hill, 2006, México, pp. 524-537

Hidalgo Murillo, José Daniel, *Hacia una Teoría del Caso Mexicana*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Juicios Orales, Núm. 5, México, 2013, Pp.63-71.

José Nieves, Luna Castro, Capitulo Introducción y características Generales del Nuevo Sistema de Justicia Penal, Consejo de la Judicatura Federal, *El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, Desde la Perspectiva Constitucional, Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Primera Edición, México, 2011, pp.25-51.

Lara Gonzales, Héctor, Capitulo Etapas de los Diversos sistemas de Justicia Penal; *Juicio Oral, El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, Desde la Perspectiva Constitucional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Edición, México, 2011, Pp.313-329.

Sánchez Gil, Rubén, *El Principio de Proporcionalidad*, UNAM, Instituto de

Investigaciones Jurídicas, Colección Estado de Derecho y Función Judicial, p.69.

Artículos

Alexy, Robert, “Los Derechos Fundamentales y el Principio de Proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril, 2011, pp.12-13, <https://acortar.link/yz45Uy>.

Guerrero Ramírez, Leonardo y Morocho Baculima, Katherine, “Análisis del Principio de Mínima Intervención Penal frente a la vulneración de la Presunción de Inocencia en la Legislación Ecuatoriana”, *Polo del Conocimiento*, edición número 67, vol. 7, núm. 2, enero-febrero 2022, p.971, <https://acortar.link/ShEbk6>.

Moreno Durán, Álvaro, “El Sistema Oral Acusatorio en Colombia: Reforma y Habitus Jurídico”, *Verba Iuris*, Bogotá Colombia, julio-diciembre 2014, p.75, <https://acortar.link/8JvnaN>.

Fuentes electrónicas

Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, <https://acortar.link/my38wA>, (30 de junio de 2023).

Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos en México, <https://acortar.link/3kj2MT>, (30 de junio de 2023).