

AMPLIACIÓN DEL CATÁLOGO DE DELITOS DE PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA. ANÁLISIS Y PROSPECTIVA

Edgar Humberto CHÁZARO LEÓN*

SUMARIO: Introducción; I. Definición de la Prisión Preventiva Oficiosa; II. Críticas a la prisión preventiva oficiosa; III. La Prisión Preventiva Oficiosa en México; IV. Análisis y prospectiva del proyecto de reforma al artículo 19 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Resumen

La prisión preventiva en América Latina ha sido objeto de diversos estudios y análisis debido a su uso desmesurado y sus consecuentes violaciones a derechos humanos. En México, parte de los objetivos de la reforma al sistema de justicia penal consistió precisamente en reducir esta medida; así, al establecer expresamente el principio de presunción de inocencia se buscó privilegiar la libertad y establecer mecanismos diversos a la sanción corporal. No obstante, a 11 años de la reforma y solamente dos de su entrada en vigor de forma generalizada en el país, nos encontramos en el umbral de una nueva reforma al artículo 19 Constitucional que ha sido catalogada como un grave retroceso, pues pretende ampliar las facultades del legislador para el establecimiento de delitos que ameritan prisión preventiva no excarcelable.

Palabras clave: Prisión preventiva, prisión preventiva oficiosa, delitos graves, reforma constitucional, artículo 19, presunción de inocencia.

* Licenciatura en *Derecho* por el Instituto del Occidente; Maestrante en *Derecho Fiscal* por la Universidad del Valle de México. Cuenta con estudios en áreas de auditoría y combate a la corrupción, presupuesto y gasto público, y contabilidad gubernamental. Ha sido abogado consultor y litigante de diversas personas físicas y morales, así como de diversas asociaciones no gubernamentales, participando en la asesoría legal y litigio estratégico. Ha ocupado diversos cargos públicos en el estado de Sonora, resaltando su participación como Ministerio Público Especializado en Combate a la Corrupción en la Fiscalía General de Justicia del estado de Sonora. Actualmente se desempeña como consultor en áreas de derecho penal, administrativo y corporativo. Contacto: chazaro@protonmail.com

Introducción

México se encuentra en un proceso de cambios constitucionales y legales en su sistema de impartición de justicia, los cuales, en mayor o menor medida, han buscado consolidar el régimen democrático de la nación, en el Estado de Derecho y la defensa derechos humanos. No obstante, pareciera que nos encontramos hoy en el umbral de una reforma a nuestro sistema de justicia que representa un posible alejamiento de estas aspiraciones con el surgimiento del llamado *neopunitivismo o populismo penal o punitivo*¹, mismo, que sin duda ha tenido como objetivo la legitimación de políticas criminales agresivas en contra de la delincuencia, las cuales, se han catalogado en ciertos casos como regresivas a la protección de los derechos humanos.

Así, en confrontación a las voces de la sociedad civil y organismos encargados de la protección y defensa

de los derechos humanos, el Senado de la República aprobó la tarde del día 06 de diciembre de 2018 el *Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Segunda, que contiene un proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Prisión Preventiva Oficiosa*²; iniciativa en la que participaron en su mayoría los partidos políticos de la nación en una especie de *disputa* por incluir cada grupo parlamentario los delitos que a ellos les interesó incluir³ por razones manifiestas de *prevención y alarma social*.

El referido dictamen fue aprobado para efecto de que se incluya en el artículo 19, párrafo segundo, de la carta fundante, como delitos de *prisión preventiva no excarcelable*, los delitos de (i) abuso o violencia sexual contra menores, (ii) uso de programas sociales con fines electorales, (iii) robo

¹ Véase LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. «La Prisión Preventiva y la Presunción De Inocencia Según los Órganos de Protección de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano», *Revista Ius*, 3(24). México 2016, p. 118. El autor señala que el *neopunitivismo* parte de una concepción muy arraigada en Latinoamérica de que se puede modificar una realidad social a partir de una reforma que imponga políticas de mano dura.

² El resultado de la votación de dicho proceso fue de 91 votos en favor, 18 en contra y 0 abstenciones.

³ El dictamen ampara la conglomeración de siete iniciativas presentadas a nombre propio y en algunos casos a nombre del grupo parlamentario del partido del senador proponente; a saber: tres fueron presentadas por el Partido del Trabajo (PT), dos por el Partido Revolucionario Institucional (PRI), una por el Partido Acción Nacional (PAN) y una más, por Movimiento Regeneración Nacional (MORENA).

de transporte en cualquiera de sus modalidades, (iv) delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, (v) delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, (vi) delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, y (vii) hechos de corrupción; estos últimos dos casos, en las hipótesis delictivas respecto de las cuales la media aritmética de prisión exceda de cinco años, incluidas sus calificativas, atenuantes o agravantes, de conformidad a la legislación secundaria⁴.

En este contexto, vemos que la iniciativa en *materia de prisión preventiva oficiosa*, abstraída a un aspecto de lo más sencillo permisible, consiste en un nuevo mandato que el *constituyente permanente* procura asignar a la autoridad judicial, de encarcelar inexorablemente, a toda persona por delitos que quizá cometieron, bajo los requisitos y tiempos establecidos en el *Código Nacional de Procedimientos Penales*; ello, sin posibilidad de discusión o revisión alguna⁵, y bajo la única justificación

que emana de aquella que el Constituyente tuviese para la restricción del derecho de libertad que la prisión implica. De tal forma que la *justificación* para el *encarcelamiento preventivo obligatorio* son aquellas señaladas en la *exposición de motivos* o *dictamen* que da origen a la restricción constitucional.

«El referido dictamen fue aprobado para efecto de que se incluya en el artículo 19, párrafo segundo, de la carta fundante, como delitos de prisión preventiva no excarcelable, los delitos de (i) abuso o violencia sexual contra menores, (ii) uso de programas sociales con fines electorales, (iii) robo de transporte en cualquiera de sus modalidades, (iv) delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, (v) delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, (vi) delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, y (vii) hechos de corrupción; estos últimos dos casos, en las hipótesis delictivas respecto de las cuales la media aritmética de prisión exceda de cinco años, incluidas sus calificativas, atenuantes o agravantes, de conformidad a la legislación secundaria.»

⁴ Cabe enfatizar, que estos delitos que se enuncian son solamente aquellos que se indexan a los actualmente señalados en el segundo párrafo del referido artículo, pues en relación a éste, el mandato en cita contiene actualmente los delitos de: (i) delincuencia organizada, (ii) homicidio doloso, (iii) violación, (iv) secuestro, (v) delitos cometidos con

medios violentos como armas y explosivos (sic), así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, (vii) el libre desarrollo de la personalidad y (vii) de la salud.

⁵ Salvo en tratándose de la calificativa del hecho o alguna excluyente del mismo, pero no así de la medida.

Así, la *justificación* que la iniciativa aporta yace al cobijo de la teoría del profesor alemán Günter JAKOBS denominada *Derecho penal del enemigo*, así como de ciertos criterios y precedentes que se exponen de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* y del *Poder Judicial de la Federación*. Al respecto, entre las críticas más severas que se han realizado al proyecto de reforma es su catalogación como «(un) *debilitamiento de los derechos y garantías a la presunción de inocencia, el debido proceso, la libertad, seguridad e integridad personal, así como la independencia judicial, la igualdad y la no discriminación.*»⁶, por lo que en medio de esta disputa surgen diversas implicaciones e interrogantes que son necesarias avizorar, *¿existe realmente una justificación basada en criterios internacionales de la prisión preventiva no excarcelable?, ¿se enfoca la reforma a los enemigos que menciona JAKOBS?, ¿existe otra alternativa en contra de la delincuencia que se pretende combatir?, ¿no es acaso esta propuesta un demérito de los derechos humanos?*

Para efecto de lograr dar respuesta a estas interrogantes y exponer el contenido y alcance de la iniciativa, en el presente estudio

⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Mandato del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de las NACIONES UNIDAS*, Referencia OL MEX 18/2018, 30 de noviembre de 2018, p. 1.

⁷ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de

abordaré la definición de la *prisión preventiva* y de la *prisión no excarcelable*, exponiendo sus principios, naturaleza, sus justificaciones y sus diferencias; seguido de ello, expondré las principales críticas a la figura la prisión preventiva, desde la óptica de los criterios internacionales que la han abordado, así como del estudio que doctos juristas internacionales y nacionales han hecho de ella; posteriormente, haré mención de la aplicación de la medida en el caso mexicano desde su contexto histórico, pasando de los primitivos *delitos graves* a los actuales *delitos de prisión preventiva oficiosa*; a continuación de ello, realizaré un análisis del contenido de proyecto de reforma al artículo 19 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM), en el cual se hará mención a los antecedentes y exposición de motivos de la reforma en lo general, así como breves ejemplos de algunos delitos en lo particular; por último, expresaré las conclusiones a las que he arribado como producto del presente estudio.

Estudios Legislativos Segunda, que contiene un proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Prisión Preventiva Oficiosa, 28 de noviembre de 2018.

I. Definición de la Prisión Preventiva Oficiosa

Para entender la iniciativa de reforma, en primer lugar, es pertinente exponer que es en sí misma la prisión preventiva, cuál es su naturaleza y pretensión. Ello, nos permitirá discernirla de figuras ajenas o variantes con las cuales se puede crear confusión. En este entendido, hay que señalar que existen divergencias entre *prisión preventiva*, *prisión preventiva justificada*⁸ y la *prisión preventiva oficiosa*; distinción la cual reviste especial relevancia, pues como analizaré con posterioridad, en el debate público que ha antecedido y proseguido de las iniciativas que culminaron con la aprobación por el Senado del dictamen en escrutinio, se han esgrimido argumentos en defensa de la *prisión preventiva justificada* en pro de la *prisión preventiva oficiosa*.

En este contexto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión Interamericana) define la *prisión preventiva*, como «todo el periodo de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una

autoridad judicial y previo a una sentencia firme»⁹. Por su parte, el magistrado argentino Raúl ZAFFARONI, la define como «la privación de libertad que sufre quien aún no ha sido condenado, es decir, quien aún está procesado porque todavía no ha habido sentencia, la que bien puede ser condenatoria, o absolutoria»¹⁰. En México, se encuentra contemplada en nuestra carta fundante en el artículo 19, párrafo 1º, al disponer el citado precepto *inter alias* que, «el Ministerio Público podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes (...)».

En este sentido, respecto de la *prisión preventiva* y su relación con los órganos de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano, el catedrático de la Universidad de Costa Rica, Javier LLOBET RODRÍGUEZ, realiza un excelente estudio en el cual nos expone como es que, en forma reiterada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha indicado que la prisión preventiva *debe ser una medida*

⁸ En el entendido de que existen corrientes críticas de la justificación de la *prisión preventiva*.

⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, 30 diciembre 2013, p. 13, disponible en: [\http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informe

[s/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf](https://pdfs.informe-pp-2013-es.pdf), consultado en: 2019-01-10.

¹⁰ Citado por GALINDO, C. RODRÍGUEZ, J.M. y OROZCO, D. «¿Qué sabemos sobre el uso de la prisión preventiva en México?», *Temas estratégicos*, No. 57, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, México 2018, p. 3.

cautelar y no punitiva, y al efecto, expone como muestra los casos Suárez Rosero, Acosta Calderón, López Álvarez, García Asto, Chaparro Álvarez y Bayarri¹¹. De tal forma que, la *prisión preventiva* consiste en ser una medida cautelar no punitiva que, materialmente consistente en restringir el derecho de libertad de una persona sujeta a proceso, por el tiempo y términos que determine la ley.

«Para que la prisión preventiva logre justificarse esta debe apegarse a los principios de presunción de inocencia, legalidad, proporcionalidad y necesidad al considerarse la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional.

Así mismo, se ha señalado el deber de cumplimiento a los principios del Derecho Penal, de entre ellos, el de mínima intervención, reiterando el carácter excepcional de la medida, es decir, la última ratio de entre el resto de las medidas posibles. En este contexto, para señalar si la prisión preventiva se encuentra justificada o no, es decir, si es necesaria y proporcional al caso concreto, se debe atender a lo dispuesto por el art. 19, de la CPEUM, los tratados internacionales, y el CNPP en cuanto a su aspecto reglamentario.»

Ahora bien, esta *prisión preventiva* se encuentra sujeta a su compaginación a los derechos humanos, tales como la prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los derechos que protegen la libertad personal, el derecho a un trato humano durante la detención, derecho a un juicio justo, independiente e imparcial, con las debidas garantías del debido proceso, así como a la igualdad y la no discriminación, y en este sentido, debe cumplir con principios, reglas y presupuestos que, de actualizarse, la tornan en una medida cautelar justificada¹².

Para que la prisión preventiva logre justificarse esta debe apegarse a los principios de *presunción de inocencia, legalidad, proporcionalidad y necesidad* al considerarse la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional¹³. Así mismo, se ha señalado el deber de cumplimiento a los principios del *Derecho Penal*, de entre ellos, el de *mínima intervención*, reiterando el carácter excepcional de la medida, es decir, la *última ratio* de entre el resto de las medidas posibles¹⁴.

¹¹ LLOBET RODRÍGUEZ, *Op. Cit.*, p. 128, notas 51 a 56.

¹² En la medida que la expresión de aprisionamiento anticipado lo permite.

¹³ En este sentido, los casos Acosta Calderón, Tibi, Instituto de Reeduación del Menor, García Asto, López Álvarez.

Citados por LLOBET, *Op. Cit.*, p. 136 y 137, notas 93, a 97, respectivamente.

¹⁴ La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en relación con la Contradicción de Tesis 64/2017, señaló que debe considerarse la revisión de la prisión preventiva a partir de los parámetros establecidos en el los

En este contexto, para señalar si la presión preventiva se encuentra justificada o no, es decir, si es *necesaria y proporcional* al caso concreto, se debe atender a lo dispuesto por el art. 19, de la CPEUM, los tratados internacionales, y el CNPP en cuanto a su aspecto reglamentario¹⁵.

En este mismo sentido, de acuerdo a los criterios de la CIDH, se concluye que la prisión preventiva, como consecuencia de la *presunción de inocencia*, no puede perseguir fines de prevención general ni especial, mismas prohibiciones preventivas a la que ha llegado como conclusión gran sector de la doctrina alemana y latinoamericana¹⁶. Así mismo, resulta de gran relevancia el caso Chaparro Álvarez, en el que la CIDH expresamente mantuvo la postura de que la privación de libertad no puede

residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales¹⁷.

De tal modo, vemos que los de entre los principios antes expuestos son los de *proporcionalidad* y *necesidad* aquellos que han revestido mayor uniformidad en cuanto a su adopción y desarrollo, por lo que centraré las siguientes líneas a sus definiciones.

El *principio de proporcionalidad*, se encuentra ligado al principio de *razonabilidad penal*, el cual señala que la medida cautelar debe ser correspondiente y en ese sentido racional, a los fines para los cuales está diseñada, pues si entendemos que la prisión es un ejercicio de violencia por el Estado, ésta debe ser ejercida de forma tal que no exceda al daño causado y no sea en ese sentido una medida irracional a su fin¹⁸. Respecto

artículos 153, 154, 157, 158, 163, 165, 167, 168, 169, 170 y 171 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* (CNPP), así como de los principios de igualdad, presunción de inocencia y excepcionalidad, acorde a lo establecido en los artículos 1º, 19 y 20 de la CPEUM; 7º de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); así como la jurisprudencia que al respecto ha emitido la CIDH.

¹⁵ Al respecto, la Tesis: I.1o.P.120 P (10a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 2964, Libro 57, agosto de 2018, Tomo III, del SJF y su Gaceta, el número de registro: 2017702, bajo el rubro: «PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA. PROCEDE IMPONERLA, SIEMPRE QUE UNA

DIVERSA MEDIDA CAUTELAR NO SEA SUFICIENTE PARA GARANTIZAR ÚNICA O CONJUNTAMENTE ALGUNO DE LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 167, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES».

¹⁶ LLOBET, *Op. Cit.*, p. 128.

¹⁷ CIDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007, § 103, citado por LLOBET, *Op. Cit.*, p. 128, nota 50.

¹⁸ Al respecto, ZAFFARONI indica que la criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es

de ello, LLOBET¹⁹ indica que el *principio de proporcionalidad* es de justicia al caso concreto, *trazando los límites de lo que, aun siendo formalmente legal, no puede obligarse a un administrado que tolere.*

«... la prisión preventiva debe cumplir una función estrictamente procesal, lo cual ha sido objeto de disenso y ha sido afirmado por la CIDH, tal y como lo expone el profesor LLOBET, en el cual nos indica que en desde el caso Suárez Rosero, la CIDH ha insistido en la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. Criterio el cual ha sido reiterado bajo los mismos en diversos fallos posteriores, p.ej., los casos Palamara Iribarne, Chaparro Álvarez, entre otros».

groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto. De tal forma que, la respuesta punitiva debe ser proporcional y al hecho cometido. A este requisito, le denomina el jurista argentino como *principio de proporcionalidad mínima de la pena con la*

En este sentido, el profesor, señala que este criterio se encuentra expresado por la CIDH en el caso López Álvarez vs. Honduras (sentencia de 1 de febrero de 2006, § 68), al indicar: «La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan». aseverando la Corte, «Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria»²⁰.

Respecto del *principio de necesidad*, éste establece que la medida debe ser imprescindible al caso concreto, y en este sentido, de acuerdo a nuestra carta fundante solo será necesaria cuando no sea posible por cualquier otra medida garantizar tres aspectos específicos, (a) la comparecencia del imputado en el juicio, (b) el desarrollo de la investigación, y (c) la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad. Así, el artículo 19 de la CPEUM señala: «El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas

magnitud de la lesión, el cual nos dice, rige también para las llamadas “medidas” (cautelares). ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Porrúa, México 2016, p. 4.

¹⁹ LLOBET, *Op. Cit.*, p. 138.

²⁰ *Ibidem*, p. 139.

cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso»²¹.

De lo antes expuesto, se afirma que la prisión preventiva debe cumplir una función estrictamente procesal, lo cual ha sido objeto de disenso y ha sido afirmado por la CIDH, tal y como lo

expone el profesor LLOBET²², en el cual nos indica que en desde el caso Suárez Rosero²³, la CIDH ha insistido en la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. Criterio el cual ha sido reiterado bajo los mismos en diversos fallos posteriores, p.ej., los casos Palamara Iribarne²⁴, Chaparro Álvarez²⁵, entre otros.

²¹ En palabras de BECCARIA, «Todo acto de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico». BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y las penas*, Porrúa, México 2006, p. 8.

²² *Ibidem*, p. 129, notas 58 a 65.

²³ CIDH, caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997, § 77: «Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva (...)», LLOBET, *Op. Cit.*, p. 129, nota 58.

²⁴ CIDH, caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de

2005, § 198: «En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan 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 [...]». LLOBET, *Op. Cit.*, p. 129, nota 60.

²⁵ CIDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007, § 93: «[...] Este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia [...]», continua en el § 103: «[...] La privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (supra párr. 93), en un fin legítimo, a saber: asegurar que el

En este contexto, la prisión preventiva será justificada cuando:

a) Proceda previa formulación de imputación²⁶ o dictado el auto de vinculación a proceso²⁷ a solicitud del Ministerio Público, recayendo sobre este último la carga probatoria de evidenciar la necesidad y proporcionalidad de la medida, por lo que debe aportar las pruebas necesarias y argumentos objetivos que permitan al juzgador determinar que resulta idónea, proporcional o necesaria^{28,29}.

b) Sea impuesta por resolución judicial por el tiempo indispensable y necesario para: (i) asegurar la presencia del imputado en el procedimiento³⁰, (ii) garantizar la

acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia». Además § 145: «De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva», LLOBET, *Op. Cit.*, p. 129, nota 64.

²⁶ **Artículo 309**, del *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

²⁷ **Artículo 316**, del *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

²⁸ Amparo indirecto en revisión 173/2017, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito.

seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, a partir de la valoración que haga el Juez de control respecto de las circunstancias del hecho y de las condiciones particulares en que se encuentren dichos sujetos, de las que puedan derivarse la existencia de un riesgo fundado de que se cometa contra dichas personas un acto que afecte su integridad personal o ponga en riesgo su vida³¹, (iii) evitar la obstaculización del desarrollo de la investigación³². En este sentido, al evaluar la proporcionalidad de la medida el juzgador debe considerar la progresividad³³.

c) Se justifiquen las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado, es decir, se exteriorice la

²⁹ En este sentido, se requiere atender a la oportunidad para el dictado de la misma de acuerdo al artículo 313 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

³⁰ Sobre lo cual tomará en cuenta el peligro de sustracción del imputado. (**Artículo 168** del *Código Nacional de Procedimientos Penales*).

³¹ **Artículo 170** del *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

³² Para lo cual se tomará en cuenta el peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación. (**Artículo 169** del *Código Nacional de Procedimientos Penales*).

³³ **Artículo 155** en relación al 157 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* prevé 13 diversas medidas cautelares de aplicación concurrente.

justificación razonada que permite llegar a una conclusión de que es la medida *ad hoc* a al caso concreto. En este entendido, la prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar³⁴.

d) Se permita a las partes ofrecer aquellos medios de prueba pertinentes para analizar la procedencia, negativa o revisión de la medida solicitada.

Bajo esta lógica, si entendemos la *prisión preventiva* como la medida cautelar en sentido abstracto, debemos entender la *prisión preventiva justificada* como aquella que, al caso concreto, se impone bajo el estricto cumplimiento de los requisitos que impone la carta magna y aquellos contenidos en los pactos y criterios internacionales³⁵, respecto de los cuales, han señalado que esta medida no violenta el principio de *presunción de inocencia*, pues su legitimidad no proviene solamente de que la Ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales,

sino deviene de la condición *sine qua non* de realizar un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan.

Así, se puede definir como aquella que es decretada de forma excepcional, debido al *peligro concreto de fuga* y de *obstaculización del proceso*³⁶, atendiendo a los principios de *legalidad*, *presunción de inocencia*, *necesidad*, y *proporcionalidad*, solamente por el tiempo indispensable para su fin, la cual puede ser verificable y debatible ante la autoridad judicial en cualquier momento.

Por lo que respecta a la *prisión preventiva oficiosa*, su conceptualización es un tanto más sencilla, pues al contrario de la *prisión preventiva* y la *prisión preventiva justificada*, su requisito formal de procedencia es simplemente encontrarse así dispuesto en la ley, en este caso, en la CPEUM. Por su parte, sus requisitos materiales, al igual que en el caso de la *prisión preventiva justificada*, es haber sido formulada

³⁴ Sentencias de los casos Chaparro Álvarez y Bayarri. Citados por LLOBET, *Op. Cit.*, p. 130, notas 68 y 69.

³⁵ Si bien es cierto, de conformidad a la CADH los fallos dictados en la jurisdicción contenciosa de la CIDH son de obligatorio cumplimiento para las partes involucradas, también lo es que, conforme al *principio de buena fe* en la recepción de los convenios internacionales, se considera que una resolución de la CIDH debería ser acatada

también por los estados que no participaron en el procedimiento contencioso en que se decretó. Igualmente, la CIDH ha resaltado que conforme al principio de buena fe también son de obligatorio cumplimiento los informes de ésta. LLOBET, *Op., Cit.* p. 121, nota 23.

³⁶ Se entiende que el proceso se obstaculiza de darse el caso de los supuestos previstos en el párr. 1º del artículo 19 de la CPEUM.

imputación en contra del presunto responsable o el dictado el auto de vinculación a proceso, debiendo datos de prueba idóneos que hagan suponer que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

Así, no existe un análisis sobre la proporcionalidad y necesidad de la medida al caso concreto. Tampoco es posible que las partes ofrezcan medios para analizar la procedencia de la misma. De igual forma, no le resultan aplicables los principios que rigen a la prisión preventiva, pues el juez no atenderá a ninguno de ellos para su decreto. En este mismo sentido, no se toma en cuenta por el juzgador su objeto o finalidad, pues la misma no es una potestad ni de él, es una obligación impuesta por el Constituyente³⁷.

En esta tesitura, toda persona imputada por un delito que amerite *prisión preventiva oficiosa* solamente puede invocar u ofrecer medios de prueba en relación a desvirtuar (i) la existencia del hecho que la ley señala como delito, (ii) su probable responsabilidad—la cual se encuentra soportada con *indicios* razonables que permitan suponer su participación en el hecho— o, (iii) aquellos destinados a lograr una calificación jurídica

distinta del hecho (artículo 316 del CNPP).

«... si entendemos la prisión preventiva como la medida cautelar en sentido abstracto, debemos entender la prisión preventiva justificada como aquella que, al caso concreto, se impone bajo el estricto cumplimiento de los requisitos que impone la carta magna y aquellos contenidos en los pactos y criterios internacionales, respecto de los cuales, han señalado que esta medida no violenta el principio de presunción de inocencia, pues su legitimidad no proviene solamente de que la Ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales, sino deviene de la condición sine qua non de realizar un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan».

³⁷ Contándose con el antecedente del expediente administrativo 51/2017, iniciado por el Consejo de la Judicatura del estado de Tabasco en contra de un

Juez de la localidad por realizar un control de convencionalidad ex officio respecto de la aplicación de la Prisión Preventiva Obligatoria.

Por lo que podemos definir a la *prisión preventiva oficiosa* como aquella medida cautelar restrictiva del derecho de libertad que se decreta oficiosamente para ciertos delitos establecidos en la ley (*lato sensu*), cuando existen a juicio del juzgador datos de que se ha cometido el hecho que la ley señala como delito y existen indicios que hacen suponer de forma razonada la probable responsabilidad de la persona a quien va dirigida la medida, sin atender criterio alguno fuera de los establecidos en el espíritu que le dio origen a la restricción constitucional de DDHH, la cual no puede ser cuestionada.

II. Críticas a la prisión preventiva oficiosa

Entendida la diferenciación entre prisión preventiva justificada y oficiosa, tenemos que de entre las principales críticas que se realizan a esta última encontramos las siguientes:

a) *Es una medida arbitraria.* Al no ponderar la necesidad y proporcionalidad de la medida, violentando su excepcionalidad, lo que conlleva a la franca contravención del art. 9, § 3 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) y el 7.3 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* (CADH), el cual establece que la prisión preventiva debe ser la excepción, no la regla. Mismo criterio que ha sido reiterado por la CIDH en varias ocasiones³⁸.

b) *Es una medida discriminatoria.* El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas³⁹ determinó que el anterior art 20, y ahora el art. 19, de la CPEUM, distingue entre quienes pueden buscar alternativas a la detención y quienes no pueden, de manera que ignora la igualdad de derechos humanos; en este sentido, el Grupo de Trabajo considera que la distinción hecha entre personas que son sujetas a prisión preventiva oficiosa y otras personas

³⁸ Al respecto, CIDH caso Suárez Rosero v. Perú, resolución citada por Morales Sánchez, Carlos, *Op. Cit.*, pp. 184 y 185. Así como el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007) § 93 la cual señala: «...Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención». En ese mismo sentido, caso

Yvon Neptune vs. Haití, LLOBET, *Op. Cit.*, pp 138 y 139, notas al pie 103 y 104, respectivamente.

³⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Opiniones aprobadas por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en su 81º período de sesiones* (17 a 26 de abril de 2018) Opinión núm. 1/2018 relativa a Pedro Zaragoza Fuentes y Pedro Zaragoza Delgado, México 2018, p. 13, § 69.

que pueden ser acusadas de delitos que no atraen la prisión preventiva obligatoria, se basó en “*otro estado*”, es decir, en un motivo de discriminación prohibido por los artículos 2, párr. 1, y 26 del PIDCP. En consecuencia, el Grupo de Trabajo considera que los hechos revelan una violación de la categoría V⁴⁰.

c). *Es una pena anticipada*. Al respecto, el estudio realizado por el profesor Carlos RÍOS, «*Pena sin delito: Percepciones acerca de la finalidad de la prisión preventiva en México*», señala que la prisión preventiva es una de las antinomias insuperables del sistema de justicia penal, y que el hecho de que una persona pueda ser privada de su libertad mientras tiene lugar un proceso para determinar su responsabilidad en la comisión de un hecho señalado como delito, ha llevado a algunos expertos a la conclusión de que esta medida constituye siempre una pena anticipada⁴¹.

⁴⁰ Violación categoría V: «Cuando la privación de libertad constituye una vulneración del derecho internacional por tratarse de discriminación por motivos de nacimiento, origen nacional, étnico o social, idioma, religión, condición económica, opinión política o de otra índole, género, orientación sexual, discapacidad u otra condición, que lleva o puede llevar a ignorar el principio de igualdad de los seres humanos». *Ibidem*, p. 2.

⁴¹ Al respecto, el profesor Carlos RÍOS cita el caso de la Suprema Corte de

De igual forma, Sergio GARCÍA RAMÍREZ en el voto razonado del caso López Álvarez vs. Honduras⁴², señaló:

18. Una vez más nos hallamos ante el problema de la prisión preventiva, es decir, de la más severa de las medidas cautelares que hasta hoy conserva el enjuiciamiento penal, en tanto entraña una restricción profunda de la libertad, con muy importantes consecuencias. Solemos afirmar que la prisión preventiva no es una verdadera sanción; no constituye una medida punitiva, sino apenas precautoria y efímera. Técnicamente, es cierto. Sin embargo, considerado este fenómeno de cara a la realidad — aunque ésta tropiece con el tecnicismo— la prisión preventiva no difiere en nada, salvo en el nombre, de la prisión punitiva...

Así mismo, en el *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas* de la Comisión

Justicia de la provincia de Mendoza, “*Habeas Corpus Correctivo y Colectivo (Penitenciaría de Mendoza)*”, Expediente: 13-03815694-7, 23 de diciembre de 2015; CELS, Argentina. Respuesta al Cuestionario de Consulta, enviada el 13 de julio de 2016. RÍOS ESPINOSA, Carlos, «*Pena sin delito: Percepciones acerca de la finalidad de la prisión preventiva en México*», Fundación para el Debido Proceso, México 2016, p. 1, nota al pie 1.

⁴² Citado por LLOBET, *Op. Cit.*, p. 124, nota al pie 31. En este mismo sentido, las notas 29 y 30.

Interamericana, se instó a los Estados a intensificar esfuerzos y a asumir la voluntad política necesaria para erradicar el uso de la prisión preventiva como forma de pena anticipada o herramienta de control social⁴³.

d). *Es una medida que contraviene los pactos internacionales.* Al respecto, la Comisión Interamericana en su informe 35/07, se pronunció en contra de los delitos no excarcelables señalando:

... en ningún caso la ley podrá disponer que algún tipo de delito quede excluido del régimen establecido para el cese de prisión preventiva o que determinados delitos reciban un tratamiento distinto respecto de los otros en materia de libertad durante el proceso, sin base en criterios objetivos y legítimos de discriminación, por la sola circunstancia de responder a estándares como 'alarma social', 'repercusión social', 'peligrosidad' o algún otro. Esos juicios se fundamentan en criterios materiales, desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena

anticipada, pues el predicamento de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, la previa declaración de su culpabilidad⁴⁴.

«GARCÍA RAMÍREZ afirma que la prisión preventiva es esencialmente injusta, sin perjuicio de las ventajas en su utilización desde una perspectiva práctica, y que, dicha medida cautelar presenta una evidente tención con el principio de presunción de inocencia; además, señala que se trata de una afectación apoyado en pronósticos, que se sustentan en probabilidades, suposiciones, inferencias, conjeturas, vinculando tales consideraciones a otro tema no menos complicado como la peligrosidad del imputado.»

⁴³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.163, 2017, p. 60, § 84, disponible en: [\http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdf

<fs/prisionpreventiva.pdf>], consultado en: 2019-01-12.

⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay, citado por LLOBET, *Op. Cit.*, p. 131, nota al pie 74.

En esa misma tesitura, la CIDH en el caso *López Álvarez vs. Honduras* indicó que en ningún caso debe ser aplicada la prisión preventiva atendiendo al tipo de delito que se impute al individuo, ni con base en la pena prevista en abstracto, estableciendo con ello la prohibición de delitos no excarcelables⁴⁵.

e). *Viola el principio de presunción de inocencia*. Al respecto, GARCÍA RAMÍREZ afirma que la prisión preventiva es esencialmente injusta, sin perjuicio de las ventajas en su utilización desde una perspectiva práctica, y que, dicha medida cautelar presenta una evidente tención con el principio de presunción de inocencia; además, señala que se trata de una afectación apoyado en pronósticos, que se sustentan en probabilidades, suposiciones, inferencias, conjeturas, vinculando tales consideraciones a otro tema no menos complicado como la peligrosidad del imputado⁴⁶.

Bajo la misma tesitura, Antonio CABALLERO y Carlos NATARÉN citados por el profesor Raúl GUILLÉN señalan que en México la aplicación, como

regla general, de la prisión preventiva del procesado es una de las causas principales de la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia⁴⁷.

Entre otras críticas, se han señalado: los efectos negativos que causa en la salud mental de quien la sufre, el no permitir llevar a cabo una labor resocializadora ya que jurídicamente está vedada cualquier intención sobre el no condenado, el ser tan estigmatizante socialmente como la pena misma, el sometimiento del individuo al régimen de vida de los establecimientos cerrados que, el aumento de la población reclusa con las consecuencias del hacinamiento. Catalogándosele incluso como una *lacra* del sistema penitenciario, a la cual se le imputan todos los inconvenientes de la pena privativa de la libertad y sin ninguna ventaja⁴⁸.

A juicio de Guillermo ZEPEDA, esto se explica a partir de cuatro mitos: *Primero*: La prisión preventiva disminuye la inseguridad pública; *Segundo*: La prisión preventiva reduce la incidencia delictiva; *Tercero*: La prisión preventiva se utiliza contra “sujetos peligrosos”; y, *Cuarto*: La

Investigaciones Jurídicas, México 2013, p. 323.

⁴⁷ *Ídem*.

⁴⁸ RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel, en «Los delitos graves en la reforma constitucional de 2008», *Revista del Instituto Judicatura Federal*, 25, 1, México 2008, p. 113.

⁴⁵ LLOBET, *Op. Cit.*, p. 132, nota al pie 79.

⁴⁶ GUILLÉN LÓPEZ, Raúl, «La prisión preventiva Oficiosa (Consideraciones sobre su evolución y regulación normativa)», en *Temas actuales del derecho. El derecho ante la globalización*, (1st. Ed.), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de

Prisión Preventiva garantiza la reparación del daño. Todos ellos como se ha dicho, mitos⁴⁹.

De tal forma que, si entendemos que «la pena, cualquiera que sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo»⁵⁰. Tenemos que la prisión preventiva oficiosa es materialmente una violencia incuestionable que se ejerce en contra de un presunto inocente de parte de una colectividad que lo acusa con pruebas mínimas por un delito que quizá cometió.

III. La Prisión Preventiva Oficiosa en México

Con amplitud se ha discutido la prisión preventiva oficiosa en nuestro país, se ha abordado desde su perspectiva histórica hasta sus

aspectos constitucionales y convencionales⁵¹; y respecto a ella y su justificación, históricamente han sido ausentes en la gran mayoría de análisis y estudios especializados su congratulación y celebridad, siendo objeto de duras críticas por expertos en la materia, quienes la han tachado de ser una medida, excesiva, costosa e irracional⁵², incluso, se ha dicho que la figura transgrede abiertamente los estándares de derechos humanos en materia de prisión preventiva⁵³.

Ahora, el mandato constitucional no da forma a una figura típica específica con todos sus elementos, lo que realmente realiza es plantear dos supuestos diversos en los cuales se prevé la posibilidad de establecer delitos de *prisión preventiva oficiosa* por parte del legislador secundario: (a) cuando expresa el *nomina iuris* del delito y, (b) cuando remite a la legislación secundaria para su

⁴⁹ ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *Los Mitos de la prisión Preventiva en México; Open Society Institute*, México 2004. Citado por GÓMEZ PÉREZ, Mara, en «La prisión preventiva en el Nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, Estudios», Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2015, p. 260, disponible en: [\[https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4032/22.pdf\]](https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4032/22.pdf), consultado en: 2019-01-12.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 2016, p. 21.

⁵¹ GUILLÉN LÓPEZ, *Op. cit.*, p. 320 y ss. MORALES SÁNCHEZ, Carlos, «Los delitos graves en el sistema Procesal Penal Mexicano: Una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos». *Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, volumen 57, ed. enero-junio, p. 108, disponible en: [\[https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1393/revista-iidh57.pdf\]](https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1393/revista-iidh57.pdf), consultado en: 2019-01-13.

⁵² GÓMEZ PÉREZ, *Op. cit.*, p. 258.

⁵³ *Ibidem*, pág. 267.

desarrollo. Por lo que en ambos casos corresponde al legislador secundario la definición de la conducta típica, sus elementos y circunstancias⁵⁴.

El legislador secundario debe considerar el espíritu que dio origen al mandato constitucional para el establecimiento de estos delitos, pues aun y cuando solo se menciona su denominación o la ley que le da origen, lo cierto es que la exposición de motivos para su inclusión en el texto constitucional debe ser considerada; así, son cinco las legislaciones vigentes que con base al texto constitucional y el CNPP (artículo 167) contienen delitos de prisión preventiva oficiosa: (i) el Código Penal Federal (CPF), las leyes generales de (ii) salud, (iii) secuestro y (iv) trata de personas y la (v) ley en materia de delincuencia organizada. Aunado a ellas, se debe considerar las codificaciones estatales para los delitos del fuero común⁵⁵.

Esto reviste especial importancia, pues en palabras de ZAFFARONI, «el tipo penal es la fórmula legal necesaria al poder punitivo para habilitar su ejercicio formal, y al derecho penal para reducir las hipótesis de pragmas conflictivos y para valorar limitativamente la prohibición penal de las acciones sometidas a decisión jurídica»⁵⁶. En este sentido, nos indica que para el poder punitivo el tipo es un instrumento habilitante de su ejercicio y, para el derecho penal, lo es de su limitación. De tal forma que, este poder habilitante (y limitante) del poder punitivo capaz de asignar la prisión preventiva como regla de trato procesal, se encuentra en manos del legislador ordinario.

Respecto a la cantidad vigente de delitos que en la actualidad ameritan prisión preventiva *oficiosa*, el Instituto Belisario Domínguez en “¿Qué sabemos sobre la prisión preventiva en México?”⁵⁷,

⁵⁴ Respecto del tipo penal y sus elementos NAVA GARCÉS, Alberto Enrique, *El tipo penal y sus elementos*, Porrúa, México 2016, p. 56.

⁵⁵ Véase la Tesis: II.2o.P.64 P (10a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 2741, Libro 54, mayo de 2018, Tomo III, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2016873, bajo el rubro: «PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. EL LISTADO DE DELITOS POR LOS QUE DEBE ORDENARSE OFICIOSAMENTE LA IMPOSICIÓN DE ESTA MEDIDA CAUTELAR, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 19 DE LA

CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO LIMITA LAS FACULTADES LEGISLATIVAS DE LOS ESTADOS O LA FEDERACIÓN PARA CONSIDERAR APLICABLE ESA MEDIDA CAUTELAR A OTROS ILÍCITOS».

⁵⁶ ZAFFARONI *et al*, *Op. cit.*, p. 413.

⁵⁷ GALINDO, *et al*. Estudio previamente citado, al cual hace referencia el Senador independiente, Emilio Álvarez Icaza Longoria, en su “Voto Particular en Contra Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Segunda, que contiene un proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos

señala que el CPF incorpora 38 disposiciones que ameritan prisión preventiva oficiosa, más aquellas hipótesis contempladas en los ordenamientos generales y federales; presentando un estudio el cual contienen los cuadros con dichos supuestos punitivos.

De tal forma, que el contenido del párrafo 2° del artículo 19 de la CPEUM, no es un “*catalogo*”, como se ha denominado, es una facultad que el *constituyente* otorga a los legisladores para efecto de que, en las leyes que ahí se enuncian y en los códigos punitivos del país, puedan establecer los delitos que ameritaran *prisión preventiva oficiosa*, ya sea porque los cataloguen en dichas leyes como graves, o porque se denominen bajo alguno de los nombres ahí contenidos. Es decir, este artículo se constituye en una *cláusula habilitante* que permite al legislador secundario se *auto-habilite* (y limite) su propio poder punitivo en materia de prisión preventiva no excarcelable.

IV. Análisis y prospectiva del proyecto de reforma al artículo 19 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

Mexicanos en materia de Prisión Preventiva Oficiosa”. 5 de diciembre de 2018, p. 6.

⁵⁸ Con independencia incluso de la aprobación por parte de la cámara baja, resulta necesario aun así la aprobación por la mayoría absoluta (la mitad más

A pesar de las críticas realizadas a la figura de la *prisión preventiva oficiosa* y de las voces en contra del dictamen de reforma, el Senado de la República aprobó la ampliación de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa. Cabe precisar, que realizar un análisis pormenorizado de todos y cada uno de los delitos a los que hace mención el dictamen no es el objeto de este artículo, pues con independencia de los delitos que finalmente queden establecidos en la reforma que al efecto se apruebe o no⁵⁸, lo cierto es que el *dictamen* que le da vida no cambiara, es decir, *sus motivaciones, razones y fundamentos*⁵⁹. El citado dictamen aprobado en comisiones *inter alia* establece:

Artículo 19. ...

(...) El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de **abuso o violencia sexual contra menores**, delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, **uso de programas sociales con fines electorales**, robo de transporte en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de desaparición forzada de personas y **desaparición cometida por**

uno) de las legislaturas de los estados. (artículo 135 de la CPEUM).

⁵⁹ A pesar de haber sido solicitada la remoción del apartado de *antecedentes* (pp. 15 y ss., del dictamen) que hace referencia a la teoría del *Derecho penal del enemigo* de Günter JAKOBS.

particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, **delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea**, así como los delitos graves en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud; **respecto de los delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, y hechos de corrupción, procederá en las hipótesis delictivas cuya media aritmética exceda de cinco años de prisión, incluidas sus calificativas, atenuantes o agravantes**⁶⁰.

De tal forma, que de autorizarse en su integridad la iniciativa de la cámara alta se incluirán al catálogo de ordenamientos privilegiados las leyes generales en materia de (i) Delitos Electorales, (ii) Desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas; así como las leyes federales de (iii) Armas de Fuego y Explosivos y (iv) para prevenir y sancionar los delitos cometidos en materia de hidrocarburos.

Así, p.ej., en materia de *delitos relacionados con hidrocarburos y hechos de corrupción*, bastará que el legislador ordinario aumente la pena de un

delito, p.ej., la establezca de entre 1 y 9 años, para que ya por este solo hecho toda persona procesada amerite prisión preventiva oficiosa, aunque al final, resulte absuelta o con una sentencia mínima, como podría ser el caso de ser sentenciado a un año. Esto, aun y cuando el artículo 165 del CNPP establece que la aplicación de la prisión preventiva no podrá ser superior en ningún caso de 2 años.

En este sentido, la *Ley para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos* en su artículo 9, fracción I, establece que *se sancionará a quien compre, petrolíferos, sin derecho y sin consentimiento de quien pueda disponer de ellos con arreglo a la ley*, y en su párrafo 2º, inciso “a)”, señala que, *cuando la cantidad sea menor o equivalente a 300 litros, se impondrá de 4 a 6 años de prisión*, es decir, una pena de media aritmética de 5 años. Por lo tanto, el comprar 1 litro de gasolina (un petrolífero en términos del artículo 4, fracción XVIII de la ley de hidrocarburos) *sin consentimiento de quien pueda disponer de ella con arreglo a la ley*, ameritará prisión preventiva oficiosa, con independencia de que el delito se excluya por alguna causa de justificación o de inculpabilidad (como podría ser la necesidad de comprar el

Segunda, que contiene un proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Prisión Preventiva Oficiosa”, (06 de diciembre de 2018).

⁶⁰ Lo resaltado consiste en el texto que se adiciona de acuerdo a la “*Propuesta de Comisiones de modificación al Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos*

producto a un tercero no autorizado en alguna localidad en la cual no exista el servicio formal de gasolinera).

En el caso de *hechos de corrupción*, el delito de *Uso ilícito de atribuciones y facultades* contemplado en el reformado artículo 217 del CPF⁶¹, establece en su fracción I, inciso "B)", que *comete dicho ilícito, el servidor público que ilícitamente otorgue permisos, licencias, adjudicaciones o autorizaciones de contenido económico*, el cual ameritará una pena de 6 meses a 12 años de prisión, es decir, una media aritmética superior a los 5 años y por lo tanto, ameritará prisión preventiva de forma oficiosa, con independencia de que la *ilicitud* (elemento normativo del tipo) en el otorgamiento de alguno de los trámites a que se refiere la fracción del artículo en cita se haya realizado de forma culposa. La misma suerte sufrirá quien en términos del citado artículo en su fracción III, *dé a*

recursos públicos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados.

Por ello, resulta de vital importancia para concebir la magnitud de la propuesta de reforma el entendimiento de que el *estándar probatorio* requerido por el departamento judicial para la vinculación proceso es mucho menor que el antes establecido para el dictado del *auto de formal prisión*⁶². Así, acorde con las razones que el propio *Constituyente* registró en el proceso legislativo de la reforma de 2008, ya no se requiere de "*pruebas*" ni se exige "*comprobar*" que ocurrió un hecho ilícito, de ahí que la norma constitucional reformada ya no exija que el objeto de prueba recaiga sobre el denominado "*cuerpo del delito*"; pues esta laxitud al nivel de exigencia se debe a que la investigación continuará en su fase judicializada⁶³.

⁶¹ Publicadas por Decreto en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de julio 2016, las cuales entrarán en vigor de conformidad con lo que establece el artículo Primero Transitorio de dicho Decreto.

⁶² Al respecto la jurisprudencia: Tesis: 1a./J. 35/2017 (10a.), de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 360, Libro 45, agosto de 2017, Tomo I, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2014800, bajo el rubro: «AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. PARA SATISFACER EL REQUISITO RELATIVO A QUE LA LEY SEÑALE EL HECHO IMPUTADO COMO

DELITO, BASTA CON QUE EL JUEZ ENCUADRE LA CONDUCTA A LA NORMA PENAL, DE MANERA QUE PERMITA IDENTIFICAR LAS RAZONES QUE LO LLEVAN A DETERMINAR EL TIPO PENAL APLICABLE (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL)».

⁶³ Véase la jurisprudencia: Tesis: XVII.1o.P.A. J/19 (10a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 2388, Libro 57, agosto de 2018, Tomo III, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2017728, bajo el rubro: «AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. TEST DE RACIONALIDAD QUE PROCEDE APLICAR PARA EL ESTUDIO DE LOS DATOS DE PRUEBA,

En este contexto, con pruebas indiciarias y que razonablemente hagan presumir la participación del individuo en el hecho, la persona imputada estará sujeta a prisión preventiva, aun y cuando la calificación del hecho pueda cambiar e incluso cuando del resultado de la investigación complementaria se acredite alguna causal de exclusión del delito; p. ej., los tipos penales relacionados con *hechos de corrupción* son dolosos, siendo este requisito uno de los principales elementos de distinción entre ello y una falta o sanción administrativa⁶⁴. No obstante, el dolo no se analiza en esta etapa previa⁶⁵, por lo que la persona imputada deberá permanecer en prisión por lo que pudiera ser un error administrativo.

Ahora bien, del apartado de *antecedentes*⁶⁶ que dan pie a la iniciativa de reforma se cita la doctrina del Derecho penal del enemigo del profesor alemán Günter JAKOBS, así como el contenido de instrumentos, sentencias y criterios internacionales en materia de prisión preventiva a los cuales se ha hecho referencia en el presente estudio. En relación a ello, se cita p. ej., en la pág. 18 el artículo 7.5 de la CADH, el cual se refiere al condicionamiento de garantizar la comparecencia a juicio del procesado en casos de detención en flagrancia, en este mismo sentido, se cita el *caso Tibi vs. Ecuador* y el *caso Barreto Leiva vs. Venezuela*⁶⁷, en los cuales —entre diversas cuestiones— la CIDH resolvió que para el dictado de la *prisión preventiva* se debe atender a la

A PARTIR DE LOS CUALES PUEDE ESTABLECERSE QUE SE HA COMETIDO UN HECHO IMPUTADO COMO DELITO [MODIFICACIÓN DE LA TESIS XVII.10.P.A.31 P (10A.)]».

⁶⁴ En ese sentido: ESPARZA MARTÍNEZ, Bernardino y SILVA CARRERAS, Alejandra, *Cómo Investiga el Ministerio Público los Hechos de Corrupción*, Propuesta de Protocolo de Actuación, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2018.

⁶⁵ Al respecto, la Tesis: XXIII.10 P (10a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 2168, Libro 39, febrero de 2017, Tomo III, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2013696, bajo el rubro:

«AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 316 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. PARA DICTARLO ES INNECESARIA LA COMPROBACIÓN PLENA DEL DOLO, PUES ES EN EL JUICIO ORAL DONDE PODRÁN ALLEGARSE LOS DATOS PARA LA PLENA DEMOSTRACIÓN DE ESTE ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL CORRESPONDIENTE».

⁶⁶ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Segunda del Senado de la República en materia de prisión preventiva oficiosa, 28 de noviembre de 2018, pp. 15 y ss.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 19.

necesidad y proporcionalidad de la medida.

«... con pruebas indiciarias y que razonablemente hagan presumir la participación del individuo en el hecho, la persona imputada estará sujeta a prisión preventiva, aun y cuando la calificación del hecho pueda cambiar e incluso cuando del resultado de la investigación complementaria se acredite alguna causal de exclusión del delito; p. ej., los tipos penales relacionados con hechos de corrupción son dolosos, siendo este requisito uno de los principales elementos de distinción entre ello y una falta o sanción administrativa. No obstante, el dolo no se analiza en esta etapa previa, por lo que la persona imputada deberá permanecer en prisión por lo que pudiera ser un error administrativo».

Así mismo, el dictamen menciona el artículo 9.3 del PIDCP⁶⁸ el cual como se ha mencionado, dispone «la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, no debe ser la regla general», y de la misma manera cita las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no Privativas de Libertad (Reglas Tokio)⁶⁹, señalando el dictamen que las citadas reglas establecen en su artículo 6°, «en el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo en debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima».

Seguido de ello, hace mención al caso Palamara Iribarne vs Chile⁷⁰, citando al efecto el § 198 de la sentencia y *grosso modo*, expresa que, en ocasiones excepcionales el Estado puede ordenar la a necesidad prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan 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.

Posteriormente, menciona el caso *López Álvarez vs. Honduras*, y

⁶⁸ *Ídem*.

⁶⁹ *Ídem*.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 20.

acertadamente señala que las características del supuesto autor y la *gravedad del delito* que se le imputa, no son justificación suficiente para la prisión preventiva, pues deben atenderse los límites establecidos por los principios de presunción de inocencia, legalidad, necesidad y proporcionalidad, aseverando la misma iniciativa que es la medida más severa que se puede imponer al imputado.

Casos y criterios, todos y cada uno de ellos, que como vemos se refieren a la *prisión preventiva justificada*, no así a la *prisión preventiva oficiosa*, pues respecto de esta última, la misma CIDH citada por el dictamen, establece que la *prisión preventiva* no puede ser la regla, sino la excepción, y que la misma, no puede justificarse bajo fines de *prevención general*, *ni prevención especial*, tampoco puede ser utilizada bajo el argumento de la *alarma social*, *repercusión social* o *peligrosidad*, así como tampoco bajo la tesis de las *características del supuesto autor* y la *gravedad del delito* que se le imputa. En este mismo sentido, la Comisión Interamericana desautorizó que se pudiera ordenar la *prisión preventiva* para tranquilizar al público⁷¹. De tal suerte, que como vemos de lo expuesto en los

antecedentes del dictamen, se han esgrimido argumentos que delimitan el ámbito de legitimación de la *prisión preventiva justificada*, y no así de la *prisión preventiva oficiosa*.

Ahora bien, el dictamen en análisis señala en su mismo apartado de *antecedentes* en el subtítulo denominado *Criterios nacionales*⁷², una breve exposición de los que denomina *delitos graves*, y realiza el argumento medular de la reforma de la siguiente forma:

Podemos observar que están claramente establecidas las condiciones en las que otras medidas cautelares no serían suficientes; están establecidos también los delitos particulares y principios generales bajo los que se puede aplicar prisión preventiva oficiosa, (...). Por ende, la inclusión de otro delito u otra condición en estos supuestos debe estar justificada plenamente, no sólo bajo el argumento único de que la comisión del delito hace al sujeto merecedor de la prisión preventiva, sino bajo un supuesto más complejo y que incluya un peligro inminente para la continuidad del proceso penal, así como un potencial peligro para la víctima o la sociedad.

⁷¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe 35/07, citado por LLOBET, *Op. cit.*, p. 131, nota 73.

⁷² Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de

Estudios Legislativos Segunda del Senado de la República en materia de prisión preventiva oficiosa, 28 de noviembre de 2018, p. 21.

Respecto de estos argumentos, se encuentran una serie de incongruencias que resulta necesario señalar, pues se omite señalar que los citados casos y criterios repudian la prisión preventiva oficiosa, y se pretende justificar la reforma como si se tratase de la *prisión preventiva justificada*, prueba de ello es el argumento supra citado, del cual se puede apreciar la confusión engendrada al señalar que «están establecidos también los delitos particulares y principios generales bajo los que se puede aplicar prisión preventiva oficiosa», lo cual es evidentemente incorrecto.

Robustece lo anterior, la mención que se hace de la de la tesis: «PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA. IMPONER ESTA MEDIDA CAUTELAR PREVISTA EN EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL, BAJO ÚNICO ARGUMENTO DE QUE POR LA PENA DE PRISIÓN QUE MERECE EL HECHO DELICTUOSO IMPUTADO AL ACUSADO, ÉSTE PODRÍA SUSTRARSE DE LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA Y NO COMPARECER A JUICIO, SIN PONDERAR LOS ASPECTOS DEL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO NACIONAL

⁷³ Tesis II.1o.P.12 P (10a), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 2269, Libro 53, abril de 2018, Tomo III, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2016746, bajo el rubro: «PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA. IMPONER ESTA MEDIDA CAUTELAR PREVISTA EN EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL, BAJO ÚNICO ARGUMENTO DE QUE POR LA PENA DE PRISIÓN QUE MERECE EL HECHO

DE PROCEDIMIENTOS PENALES, VIOLA EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL⁷³».

Esto confirma hasta el momento la ausencia real de criterios internacionales o casos, en los cuales se haya celebrado esta medida. No obstante, debe tenerse especial cautela, pues aún y cuando no exista ningún criterio o antecedente nacional o extranjero que justifique el aumento de delitos de prisión preventiva no excarcelable, lo cierto es que bajo la obligatoriedad de atender por parte del departamento judicial la jurisprudencia de la SCJN, es aplicada tajantemente la prisión preventiva oficiosa al amparo de la jurisprudencia de rubro «DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL»⁷⁴.

DELICTUOSO IMPUTADO AL ACUSADO, ÉSTE PODRÍA SUSTRARSE DE LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA Y NO COMPARECER A JUICIO, SIN PONDERAR LOS ASPECTOS DEL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, VIOLA EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL».

⁷⁴ Jurisprudencia: P./J. 20/2014 (10a.), de la Décima Época, sostenida por el Pleno de la suprema Corte de Justicia de

Ahora bien, en cuanto al aspecto *doctrinal* de la reforma, esta se busca *justificar* bajo la teoría del jurista alemán Günter JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, pero al igual que como experimentamos al tratar los casos y criterios internacionales antes expuestos, ¿*realmente el Derecho penal del enemigo justifica el contenido de la reforma?*, de tal forma, que sin adentrarnos en la estructura del *funcionalismo* propuesto por el JAKOBS, me limitaré a señalar las justificaciones que él realiza respecto del *Derecho penal del enemigo* con el propósito de exponer contra quien se propone esta corriente punitiva.

En primer lugar, para el jurista germano existen dos tipos de derecho, el *Derecho penal del ciudadano* y el *Derecho penal del enemigo*⁷⁵, así, expresa el profesor:

el Derecho penal conoce dos polos o tendencias (...). Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato

con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad. Un ejemplo del primer tipo lo puede constituir el trato dado a un homicida (...), un ejemplo del segundo tipo puede ser el trato dado al cabecilla u hombre de atrás (...) de una asociación terrorista, (...) ⁷⁶.

En este sentido, el profesor alemán cita como justificación de su teoría los atentados terroristas contra Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, y manifiesta: «quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho (...) debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada»⁷⁷.

Así, la propuesta centra su atención a los miembros de grupos terroristas, de quienes incluso manifiesta: «un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del

la Nación, visible en la página 202, Libro 5, abril de 2014, del SJF y su gaceta, el número de registro 2006224, bajo el rubro: «DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO

CONSTITUCIONAL». Lo anterior, a pesar del artículo 27 de la Convención de Viena, según el cual «los Estados parte no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado».

⁷⁵ JAKOBS, Günter, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid 2003, p. 33.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 42.

⁷⁷ *Ídem*.

concepto de persona»⁷⁸, así mismo, en cuanto al procesamiento de ellos, nos dice: «al igual que en el Derecho material, las regulaciones de proceso penal del enemigo más extremas se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas»⁷⁹.

Por como vemos, el Derecho penal del enemigo al que se refiere el JAKOBS, no es aquel enfocado a cualquier persona solo por el delito que cometen (sin atender a su gravedad o bien jurídico tutelado), sino por su condición de pertenencia voluntaria a un grupo de foráneos del Estado de derecho que se colocan en perpetua guerra contra éste, mismos, que por su peligrosidad y por la amenaza que su existencia conlleva a la vigencia del ordenamiento jurídico, resulta necesario confrontar en una etapa previa de la comisión del acto, con medidas más severas, las cuales incluso cataloga como la persecución de delitos mediante la guerra⁸⁰.

Ahora bien, el dictamen en cuestión mencionando a JAKOBS, señala que el jurista alemán determina como *enemigos del Estado* a los narcotraficantes, a los terroristas, a los

que cometen delitos económicos y, en general, a aquellos que se ubican dentro de la delincuencia organizada⁸¹, lo cual no es del todo cierto, lo que JAKOBS menciona, es que existen diversas reglas del Derecho penal (alemán) que permiten apreciar que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera, disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona, y al respecto señala ejemplos de legislaciones en las cuales se han adoptado medidas severas para dichos delitos, a las cuales cataloga como *legislación de lucha*⁸².

Así, el Derecho penal del enemigo propugna por la adopción de medidas agresivas en contra de los individuos a quienes incluso les desconoce el carácter de persona, porque ya dieron muestras de falta de respeto de los demás como personas en Derecho y se han hecho acreedores a un tratamiento más contundente y asegurativo para suplir mediante el Derecho su falta de respeto de la norma⁸³.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 40.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 45.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 46.

⁸¹ Dictamen del Senado de la República en materia de prisión preventiva oficiosa, 28 de noviembre de 2018, p. 16.

⁸² JAKOBS, *Op. cit.*, pp. 38 y ss.

⁸³ Véase: POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo Penal Constitucional. Base*

Dogmáticas para el Nuevo Sistema de Justicia Penal. Fundamentos y Función del Derecho Penal Autodeterminación e Imputación Normativa. Criminalidad Organizada y Derecho Penal del Enemigo, Flores Editores, México 2016, p. 65-67. El profesor señala que esto solo será aplicable cuando la percepción subjetiva de inseguridad corresponde plenamente a la entidad objetiva del peligro.

De tal forma, que en palabras del profesor POLAINO-ORTS, «de acuerdo con un criterio de verdadera excepcionalidad, únicamente debe desencadenarse el más contundente mecanismo propio del Derecho penal del enemigo cuando el delincuente impide de facto el desarrollo de la personalidad por parte de los demás ciudadanos (...). Con ello se reserva la aplicación de esas normas excepcionales para casos en los que consta fehacientemente que el enemigo es enemigo, y lo es única y exclusivamente si (y en la medida en que) genera una inseguridad o temor tal que impide que los ciudadanos sean personas en Derecho».

Así mismo, en palabras del citado doctor:

... el Derecho penal del enemigo en sentido funcionalista (...) no pretenden más derecho penal ni propugnan sanciones injustas, lo contrario: pretende que el Derecho penal sea (...) un cortafuegos del poder punitivo y pretende que sólo se apliquen normas drásticas pero proporcionales a unos pocos delincuentes (a aquellos que realmente desestabilicen la Sociedad) como único medio para salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos que se hallan amenazados por tales delincuentes⁸⁴.

«... el dictamen de la reforma al artículo 19 de la CPEUM realiza una breve exposición de motivos en los cuales nos hablan de la incidencia delictiva de cada delito que se pretende agregar, de los cuales podemos ver los datos estadísticos y la alarma en relación a ello; no obstante, pues reiterando lo sostenido por la CIDH, la prisión preventiva, como medida cautelar, no puede ser la regla, y mucho menos estar fundamentada en la finalidad de una prevención o alarma. Por lo que no justifica el aumento de la prisión preventiva oficiosa las no por menos preocupaciones cifras contenidas en el dictamen».

⁸⁴ *Ibidem*, p. 47.

Como muestras en nuestro país de la aplicación del derecho penal del enemigo, bajo el entendimiento de quienes son en términos de JAKOBS realmente los enemigos, el doctor POLAINO-ORTS cita la *Ley Federal contra la delincuencia organizada*, y en sus palabras la describe como «un texto positivo mexicano que contiene algunos paradigmas de Derecho penal del enemigo»⁸⁵.

Así, uno de los principales frutos dogmáticos del Derecho penal del enemigo son los denominados *delitos de estatus*, en los cuales se sanciona al sujeto que ostenta una determinada posición en el seno de una sociedad o agrupación criminal por el mero hecho de esa vinculación o comunidad, a quien se le atribuye su participación en tanto representante de una personalidad criminal colectiva⁸⁶, es decir, son aquellos en los que se considera especialmente peligroso a un sujeto por pertenecer a un determinado grupo terrorista, banda armada o colectivo de delincuencia organizada, sin necesidad de que realice algún hecho punible adicional⁸⁷.

Por lo anterior, vemos cómo es que realmente el dictamen que contiene la iniciativa de reforma al art. 19 de la CPEUM, realmente no se encuentra soportada bajo la doctrina del Derecho penal del enemigo, pues aun y cuando esta teoría resulte cuestionable, difícilmente se puede decir que los delitos que se señalan los cometen exclusivamente estos enemigos del Estado que señala la teoría expuesta, de entre los cuales podríamos destacar a los terroristas, la delincuencia organizada y la corrupción⁸⁸.

Por lo demás, el dictamen de la reforma al artículo 19 de la CPEUM realiza una breve exposición de motivos en los cuales nos hablan de la incidencia delictiva de cada delito que se pretende agregar, de los cuales podemos ver los datos estadísticos y la alarma en relación a ello; no obstante, pues reiterando lo sostenido por la CIDH, la prisión preventiva, como medida cautelar, no puede ser la regla, y mucho menos estar fundamentada en la finalidad de una prevención o alarma. Por lo que no *justifica* el aumento de la prisión preventiva oficiosa las no por menos

⁸⁵ *Ibidem*, p. 290.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 291.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 299.

⁸⁸ Bajo el entendimiento de la misma como la denominada *gran corrupción* o *corrupción política*, la cual se defina como *el uso indebido del poder y la autoridad comunes para propósitos de ganancia individual o de grupo a expensas*

comunes. Al respecto, la Tesis doctoral de ISAZA ESPINOSA, Carolina, titulada: *Arreglos institucionales de rendición de cuentas para el control de la corrupción en Colombia*, presentada para la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, España 2012, pp.76 y ss.

preocupaciones cifras contenidas en el dictamen.

Claro está, nadie duda que se prevengan, investiguen y procesen los delitos señalados en la iniciativa, incluso, podría considerarse —si se permitiera una afirmación así— como único aspecto positivo (o rescatable) la inclusión del delito de *desaparición forzada* dentro de los delitos de prisión preventiva no excarcelable; lo que se pone en tela de juicio es realmente si existe la necesidad de ampliar las facultades del legislador secundario en materia de delitos no excarcelables con la consecuente implicación que ello conlleva, en este sentido, se cuestiona si realmente no existe ninguna otra medida para procesar con eficiencia la delincuencia.

En este entendimiento, si partimos de que las conductas delictivas que se señalan en la exposición de motivos del dictamen son conductas que realmente revisten dos fuentes esenciales: (a) la *delincuencia organizada* y (b) la *corrupción*, debemos entonces perfeccionar las leyes que nos permitan realizar un mejor

procesamiento de esta delincuencia que brinden a los agentes investigadores las herramientas reales que permitan dar con los autores mediatos —o intelectuales— de los hechos⁸⁹, como sería el mejoramiento de la norma en materia de denunciantes (*whistle-blowers*)⁹⁰, así como el mejoramiento en la reglamentación a los llamados *Criterios de oportunidad* (artículo 256, del CNPP)⁹¹.

Conclusiones

a) La reforma no comulga con los estándares de requisitos necesarios para la aplicación de la prisión preventiva que establecen los tratados internacionales, los criterios de la CIDH, y las recomendaciones de la Comisión Interamericana⁹². En este entendido, para que la prisión preventiva sea una excepción, esta no puede ser oficiosa, pues debe estar justificada atento a los principios de legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y necesidad. En este contexto, toda disposición que ordene la aplicación obligatoria de la prisión

⁸⁹ Como referencia: LARA GONZÁLEZ, Héctor, *Autoría Mediata por Dominio de la Voluntad y Aparatos de Poder*.

⁹⁰ Al respecto, el artículo 1º, §2, de la *Ley modelo sobre protección de las personas que denuncian actos de corrupción* de la Organización de Estados Americanos.

⁹¹ RÍOS GARZA, Rodolfo, «Criterio de Oportunidad y Cláusula General de Insignificancia (Aspectos que Determinan

su Naturaleza)» *Nova Iustitia. Revista Digital de la Reforma Penal*, Año III, No.11, México 2015.

⁹² Como se señaló anteriormente, de acuerdo a los criterios de la CIDH, la aplicación de *prisión preventiva de forma oficiosa* no se encuentra justificada en ningún caso. No debiéndose confundir con la *prisión preventiva justificada*, tal y como lo hace el dictamen de la reforma.

preventiva por el tipo de delito debiera ser derogada.

b) Los casos delictivos a los que se refiere la reforma constitucional que se propone no son aquellos a los cuales se refiere el *Derecho penal del enemigo*⁹³ En este sentido, existen otros mecanismos menos invasivos para la ciudadanía enfocadas al verdadero fortalecimiento de las agencias de investigación que pueden brindar mayores y mejores resultados. Solo por citar algunos: (i) el fortalecimiento a las herramientas de procesales de investigación, entre las que se incluya modificar el mecanismo de aplicación de los *criterios de oportunidad* y protección a denunciantes; (ii) el fortalecimiento de los departamentos de la Fiscalía General de la Nación encargados del procesamiento de los casos de *criminalidad organizada* y los casos de *corrupción y delitos financieros*; (iii) el desarrollo de un *servicio profesional de carrera*, entre otros.

c) Aun y cuando existan críticas en contra de esta propuesta de reforma y cuando esta reforma no se encuentre soportada por teoría o precedente alguno, aun y cuando con ella se incumplan los compromisos internacionales, incluso cuando las

supuestas bondades de la prisión preventiva oficiosa son solo mitos, ésta existe, al igual que existe la restricción constitucional de derechos humanos de acuerdo al contenido de la jurisprudencia P./J. 20/2014.

«Los casos delictivos a los que se refiere la reforma constitucional que se propone no son aquellos a los cuales se refiere el Derecho penal del enemigo En este sentido, existen otros mecanismos menos invasivos para la ciudadanía enfocadas al verdadero fortalecimiento de las agencias de investigación que pueden brindar mayores y mejores resultados. Solo por citar algunos: (i) el fortalecimiento a las herramientas de procesales de investigación, entre las que se incluya modificar el mecanismo de aplicación de los criterios de oportunidad y protección a denunciantes; (ii) el fortalecimiento de los departamentos de la Fiscalía General de la Nación encargados del procesamiento de los casos de criminalidad organizada y los casos de corrupción y delitos financieros; (iii) el desarrollo de un servicio profesional de carrera, entre otros».

⁹³ JAKOBS reconoce a la prisión preventiva como una de las formas de coacción más severas al señalar: «(...) frente a ese lado personal, de sujeto procesal, aparece en múltiples formas la desnuda coacción, sobre todo en la prisión preventiva. (...) Esta coacción no se dirige

contra la persona en Derecho - ésta ni oculta pruebas ni huye-, sino contra el individuo, que con sus instintos y miedos pone en peligro el decurso ordenado del proceso, es decir, se conduce, en esa medida, como enemigo». JAKOBS, Günter, *Op. cit.*, pp. 44 y 45.

Fuentes consultadas

Bibliografía

- BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y las penas*, Porrúa, México 2006.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.163, 2017, p. 60, § 84, disponible en: [<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf>], consultado en: 2019-01-12.
- _____, *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, 30 diciembre 2013, p. 13, disponible en: [<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>], consultado en: 2019-01-10.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Opiniones aprobadas por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en su 81º período de sesiones (17 a 26 de abril de 2018)* Opinión núm. 1/2018 relativa a Pedro Zaragoza Fuentes y Pedro Zaragoza Delgado, México 2018, disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/Opinions/Session81/A_HRC_WGAD_2018_1.pdf], consultada en: 2019-01-12.
- ESPARZA MARTÍNEZ, Bernardino y SILVA CARRERAS, Alejandra, *Cómo Investiga el Ministerio Público los Hechos de Corrupción*, Propuesta de Protocolo de Actuación, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2018.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 2016.
- GALINDO, C. RODRÍGUEZ, J.M. y OROZCO, D. «¿Qué sabemos sobre el uso de la prisión preventiva en México?», *Temas estratégicos*, No. 57, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, México 2018, disponible en: [http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/4018/Reporte57_UsoPrisionPreventiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y], consultada en: 2019-01-15.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Panorama del proceso penal*, Porrúa, México 2004.
- GÓMEZ PÉREZ, Mara, en «La prisión preventiva en el Nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, Estudios», Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2015, p. 260, disponible en: [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4032/22.pdf>], consultado en: 2019-01-12.
- GUILLÉN LÓPEZ, Raúl, «La prisión preventiva Oficiosa (Consideraciones sobre su evolución y regulación

- normativa)», en *Temas actuales del derecho. El derecho ante la globalización*, (1st. Ed.), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2013, disponible en: [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3826/32.pdf>], consultada en: 2019-01-12.
- ISAZA ESPINOSA, Carolina, *Arreglos institucionales de rendición de cuentas para el control de la corrupción en Colombia*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, España 2012, disponible en: [<https://eprints.ucm.es/16232/1/T33922.pdf>], consultada en: 2019-01-13.
- JAKOBS, Günter, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid 2003.
- LARA GONZÁLEZ, Héctor, «Autoría Mediata por Dominio de la Voluntad y Aparatos de Poder», *Revista Ius Criminis*, No. 3, disponible en: [http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/5_autoria-mediata.pdf], consultado en: 2019-01-12.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. «La Prisión Preventiva y la Presunción De Inocencia Según los Órganos de Protección de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano», *Revista Ius*, 3(24). México 2016, disponible en: [<http://revistaius.com/index.php/ius/article/view/202/196>], consultado en: 2019-01-14.
- MORALES SÁNCHEZ, Carlos, «Los delitos graves en el sistema Procesal Penal Mexicano: Una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos». *Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, volumen 57, ed. enero-junio, p. 108, disponible en: [<https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1393/revista-iidh57.pdf>], consultado en: 2019-01-13.
- NAVA GARCÉS, Alberto Enrique, *El tipo penal y sus elementos*, Porrúa, México 2016.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Mandato del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de las NACIONES UNIDAS*, Referencia OL MEX 18/2018, 30 de noviembre de 2018, disponible en: [<https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=24225>], consultado en: 2019-01-13.
- POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo Penal Constitucional. Base Dogmáticas para el Nuevo Sistema de Justicia Penal. Fundamentos y Función del Derecho Penal Autodeterminación e Imputación Normativa. Criminalidad Organizada y Derecho Penal del*

- Enemigo*, Flores Editores, México 2016.
- RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel, en «Los delitos graves en la reforma constitucional de 2008», *Revista del Instituto Judicatura Federal*, 25, 1, México 2008, disponible en: [https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/28/Los_delitos_graves.pdf], consultado en: 2019-01-15.
- RÍOS ESPINOSA, Carlos, «Pena sin delito: Percepciones acerca de la finalidad de la prisión preventiva en México», Fundación para el Debido Proceso, México 2016, disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechope/na/asssets/files/obrasportales/op_20161108_01.pdf], consultada en: 2019-01-15.
- RÍOS GARZA, Rodolfo, «Criterio de Oportunidad y Cláusula General de Insignificancia (Aspectos que Determinan su Naturaleza)» *Nova Iustitia. Revista Digital de la Reforma Penal*, Año III, No.11, México 2015, disponible en: [http://poderjudicialcdmx.gob.mx/documentos/publicaciones_judiciales/Nova_Iustitia_May_2015.pdf], consultado en: 2019-01-12.
- ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Porrúa, México 2016.
- ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *Los Mitos de la prisión Preventiva en México; Open Society Institute*, México 2004.
- Legislación Nacional**
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Tesis: I.1o.P.120 P (10a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 2964, Libro 57, agosto de 2018, Tomo III, del SJF y su Gaceta, el número de registro: 2017702, bajo el rubro: «PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA. PROCEDE IMPONERLA, SIEMPRE QUE UNA DIVERSA MEDIDA CAUTELAR NO SEA SUFICIENTE PARA GARANTIZAR ÚNICA O CONJUNTAMENTE ALGUNO DE LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 167, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES».
- Tesis: XVII.1o.P.A. J/19 (10a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 2388, Libro 57, agosto de 2018, Tomo III, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2017728, bajo el rubro: «AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. TEST DE RACIONALIDAD QUE PROCEDE APLICAR PARA EL ESTUDIO DE LOS DATOS DE PRUEBA, A PARTIR DE LOS CUALES PUEDE ESTABLECERSE QUE SE HA COMETIDO UN HECHO IMPUTADO COMO DELITO [MODIFICACIÓN DE LA TESIS XVII.1O.P.A.31 P (10A.)]».
- Tesis: II.2o.P.64 P (10a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales

Colegiados de Circuito, visible en la página 2741, Libro 54, mayo de 2018, Tomo III, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2016873, bajo el rubro: «PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. EL LISTADO DE DELITOS POR LOS QUE DEBE ORDENARSE OFICIOSAMENTE LA IMPOSICIÓN DE ESTA MEDIDA CAUTELAR, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO LIMITA LAS FACULTADES LEGISLATIVAS DE LOS ESTADOS O LA FEDERACIÓN PARA CONSIDERAR APLICABLE ESA MEDIDA CAUTELAR A OTROS ILÍCITOS».

Tesis II.1o.P.12 P (10a), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 2269, Libro 53, abril de 2018, Tomo III, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2016746, bajo el rubro: «PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA. IMPONER ESTA MEDIDA CAUTELAR PREVISTA EN EL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL, BAJO ÚNICO ARGUMENTO DE QUE POR LA PENA DE PRISIÓN QUE MERECE EL HECHO DELICTUOSO IMPUTADO AL ACUSADO, ÉSTE PODRÍA SUSTRAERSE DE LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA Y NO COMPARECER A JUICIO, SIN PONDERAR LOS ASPECTOS DEL ARTÍCULO 168 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, VIOLA EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE

INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL».

Tesis: 1a./J. 35/2017 (10a.), de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 360, Libro 45, agosto de 2017, Tomo I, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2014800, bajo el rubro: «AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. PARA SATISFACER EL REQUISITO RELATIVO A QUE LA LEY SEÑALE EL HECHO IMPUTADO COMO DELITO, BASTA CON QUE EL JUEZ ENCUADRE LA CONDUCTA A LA NORMA PENAL, DE MANERA QUE PERMITA IDENTIFICAR LAS RAZONES QUE LO LLEVAN A DETERMINAR EL TIPO PENAL APLICABLE (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL)».

Tesis: XXIII.10 P (10a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 2168, Libro 39, febrero de 2017, Tomo III, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2013696, bajo el rubro: «AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 316 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. PARA DICTARLO ES INNECESARIA LA COMPROBACIÓN PLENA DEL DOLO, PUES ES EN EL JUICIO ORAL DONDE PODRÁN ALLEGARSE LOS DATOS PARA LA PLENA DEMOSTRACIÓN DE ESTE ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL CORRESPONDIENTE».

Código Nacional de Procedimiento Penales.

Ley para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos.

Proyectos Normativos

ÁLVAREZ ICAZA LONGORIA, Emilio, Voto Particular en Contra Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Segunda, que contiene el Proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Prisión Preventiva Oficiosa, 5 de diciembre de 2018, disponible en: [http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2018-12-06-1/assets/documentos/Dic_art_19_CPEUM_Voto_Particular_Sen.I_caza.pdf], consultada en: 2019-01-13.

Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Segunda, que contiene el Proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Prisión Preventiva Oficiosa, 28 de noviembre de 2018, disponible en:

[http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2018-12-06-1/assets/documentos/Dict_PC_ar

[t_19_CPEUM_prision_preventiva.pdf](#)], consultado en: 2019-01-15.

Propuesta de modificación al Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Segunda, que contiene el Proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Prisión Preventiva Oficiosa, 06 de diciembre de 2018, disponible en: [http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2018-12-06-1/assets/documentos/Propuesta_Comisiones_Art.19.pdf], consultado en: 2019-01-13.

Legislación Internacional

Convención Americana de Derechos Humanos.

Ley modelo sobre protección de las personas que denuncian actos de corrupción.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no Privativas de Libertad (Reglas Tokio).