

La Prisión Preventiva Oficiosa frente a los Derechos Humanos

Dr. Ruperto Patiño Manffer

Sumario: *Introducción; I. Los principios constitucionales y convencionales; II. Las normas constitucionales, convencionales y legales aplicables a la prisión preventiva; III. La presunción de Inocencia en la Constitución y en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; IV. Análisis De las disposiciones constitucionales y convencionales que se refieren a la prisión preventiva frente al principio de presunción de inocencia; V. Revisión de la iniciativa de reformas constitucionales aprobada por el Senado de la República y en proceso de convertirse en reforma constitucional; VI. Historia de un caso paradigmático.*

Palabras clave: Prisión Preventiva Oficiosa; Derechos Humanos; Presunción de inocencia; *Pro Persona*; *Principio de Progresividad*.

Introducción

Con la presente colaboración deseamos analizar el reciente proceso legislativo en curso (marzo 2019) por el que se pretende adicionar al segundo párrafo del artículo 19 del Pacto Federal, nuevas conductas delictivas, con el objetivo de que la autoridad jurisdiccional pueda decretar, oficiosamente, prisión preventiva, a las personas que tengan la condición de imputados en el proceso penal.

Para lograr nuestro objetivo hemos estructurado el presente artículo en cinco apartados:

- I) Recordamos los principios fundamentales, constitucionales y convencionales, que consideramos relevantes para los objetivos de

nuestro estudio, e incorporamos diversas tesis de jurisprudencia emitidas por Tribunales Colegiados de Circuito y por el Pleno y las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que nos permiten comprender de mejor manera el sentido y trascendencia de tales principios.

- II) Referimos los preceptos constitucionales, convencionales y legales que regulan la prisión preventiva.
- III) Señalamos los preceptos constitucionales y convencionales que establecen la presunción de inocencia como principio fundamental en favor de todas las personas.
- IV) Analizamos las disposiciones constitucionales y convencionales que se refieren a la prisión preventiva frente al principio de presunción de inocencia.
- V) Revisamos la iniciativa de reformas constitucionales aprobada por el Senado de la República, en proceso de convertirse en reforma constitucional.

I. Los principios constitucionales y convencionales.

Para soportar jurídicamente el análisis del tema que deseamos comentar es necesario recordar algunas disposiciones relevantes del texto constitucional y de las convenciones internacionales ratificadas por el Estado Mexicano.

La primera norma fundamental del derecho mexicano que resulta necesario considerar en nuestro análisis, se localiza en el artículo 1º del Pacto Federal. De este precepto extraemos los siguientes principios fundamentales:

A) Las normas propiamente constitucionales contenidas en el Pacto Federal tienen la misma jerarquía jurídica frente a las normas convencionales contenidas en los tratados de los que el Estado Mexicano sea parte. Así lo ha reconocido el Poder Judicial Federal al introducir en su jurisprudencia el concepto de “**bloque de constitucionalidad.**”

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES APLICADAS EN EL ACTO RECLAMADO EN UN AMPARO INDIRECTO. ES VIABLE AUNQUE AQUÉLLAS NO HAYAN SIDO RECLAMADAS DE MANERA DESTACADA O SEA IMPROCEDENTE EL JUICIO EN SU CONTRA.

El artículo 1o. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente a partir del once de junio de dos mil once establece que todas las autoridades, dentro del ámbito de sus competencias, deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano. Conforme al ámbito competencial de los juzgadores de amparo, les corresponde de forma relevante la protección de los derechos humanos, ya que su función primordial consiste en ejercer dentro de esa materia un control directo o concentrado de convencionalidad y constitucionalidad. Por otra parte, también existe una vertiente de control difuso o incidental ejercido por el resto de los Jueces del país, los cuales pueden analizar ex officio si las normas generales relacionadas con los procesos de su conocimiento vulneran algún derecho humano reconocido en el **bloque de constitucionalidad**; en cuyo caso deben inaplicar la norma transgresora, sin necesidad de verificar si podría ser impugnada a través del amparo. Pues bien, si los Jueces comunes cuentan con tan amplias facultades de control de convencionalidad y constitucionalidad de leyes, no puede sostenerse que carezcan de ellas los tribunales de amparo. Por el contrario, como principales garantes de los derechos humanos, pueden ejercer oficiosamente ese control sobre la norma general aplicada en el acto reclamado, aunque no haya sido reclamada o, habiéndolo sido, resulte improcedente el amparo en su contra. En efecto, lo anterior sólo impediría el otorgamiento de la protección federal contra la ley inconvencional o inconstitucional, pero no contra el acto concreto, como medida

tendiente a lograr la desaplicación de aquella norma abstracta. Este criterio se encuentra orientado por el principio hermenéutico *pro homine* establecido en el referido artículo 1o., en virtud del cual debe acudirse a la interpretación más extensiva cuando se trata de fijar los alcances de los derechos humanos y sus garantías.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA OCTAVA REGIÓN.¹

B) Todas las normas relativas a los derechos humanos se deben interpretar conforme a lo establecido por la propia constitución y los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Este principio se conoce como “*pro persona*” o “*pro homine*” y significa que en casos de contradicción entre dos normas jurídicas, las autoridades responsables de aplicarlas deben preferir la norma que más favorezca a la persona.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. EN EL JUICIO DE AMPARO ES INNECESARIO CONCEDER LA PROTECCIÓN SOLICITADA PARA QUE LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL RESPONSABLE LO EFECTÚE, PUES EL ÓRGANO DE AMPARO PUEDE ASUMIR TAL ANÁLISIS.

Del artículo 1o. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de las tesis aisladas P. LXVII/2011 (9a.) y P. LXX/2011 (9a.) del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Tomo 1, diciembre de 2011, páginas 535 y 557, de rubros: “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD” y “SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO”; respectivamente, se advierte lo siguiente: a) todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se

¹ Tesis XXVII, 1º (VIII Región) 8 K (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, núm. 2001873, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XIII, Tomo 4, Octubre de 2012, página 2413.

encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como **principio pro persona**; b) actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos: en primer término el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control (por ejemplo el juicio de amparo) y, en segundo, el control por parte del resto de los juzgadores del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes (control difuso), conforme al cual están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior, para lo cual deben inaplicarlas dando preferencia a las contenidas en el bloque de constitucionalidad de derechos humanos. En ese tenor, si en una demanda de amparo se hace valer como concepto de violación que la autoridad jurisdiccional responsable omitió ejercer el aludido control respecto de una norma general relacionada con la litis natural, aun cuando tal aspecto se le planteó durante el juicio por alguna de las partes; de resultar correcta tal aseveración es innecesario conceder el amparo solicitado para el efecto de que la autoridad ejerza con libertad de jurisdicción sus atribuciones de control a efecto de determinar si es o no procedente inaplicar la norma, pues ello a ningún fin práctico conduce, en virtud de que para salvaguardar el derecho fundamental de acceso a la justicia pronta y expedita previsto en el artículo 17 constitucional, el órgano de amparo por mayoría de razón puede realizar ese ejercicio de control declarando el concepto de violación

fundado pero inoperante si la disposición no infringe derechos humanos; o bien, fundado, ordenando en reparación que la autoridad ejerza el control de convencionalidad desaplicando la norma bajo los lineamientos de la ejecutoria.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA OCTAVA REGIÓN.²

C) Todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU NATURALEZA Y FUNCIÓN EN EL ESTADO MEXICANO.

El **principio de progresividad** que rige en materia de los derechos humanos implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que, generalmente, la efectividad de los derechos humanos no se logra de manera inmediata, sino que conlleva todo un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazos. Por su parte, el progreso implica que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. En tal sentido, el principio de progresividad de los derechos humanos se relaciona no sólo con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos fundamentales, sino también con la obligación positiva de promoverlos de manera progresiva y gradual, pues como lo señaló el Constituyente Permanente, el Estado Mexicano tiene el mandato constitucional de realizar todos los cambios y transformaciones necesarias en la estructura económica, social, política y cultural del país, de manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos. Por tanto, el principio aludido exige a todas las autoridades del Estado Mexicano, en el ámbito de su competencia, incrementar el grado de tutela en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos y también les impide,

² Tesis, XXVII, 1º (VIII Región) 9 K (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, núm. 2002487, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XVI, Tomo 3, Enero de 2013, página 2001.

en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que sin plena justificación constitucional disminuyan el nivel de la protección a los derechos humanos de quienes se someten al orden jurídico del Estado mexicano.

Tesis de jurisprudencia 35/2019 (10a.). Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del seis de febrero de dos mil diecinueve.

Esta tesis se publicó el viernes 15 de febrero de 2019 a las 10:17 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 18 de febrero de 2019, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.³

D) Toda persona imputada tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

PRISIÓN PREVENTIVA. LA PENA MÁXIMA COMO ÚNICA RAZÓN PARA JUSTIFICAR SU IMPOSICIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR, VULNERA EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN SU VERTIENTE DE REGLA DE TRATO PROCESAL, CONTENIDO EN LOS ARTÍCULOS 20, APARTADO B, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 7 Y 8 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

El artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que la prisión preventiva tiene el carácter de excepcional, ya que debe solicitarse cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el

³ Tesis 2ª /J. 35/2019 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, núm. 2019325, Segunda Sala, Libro 63, Tomo I, Febrero de 2019, I, página 980.

imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Asimismo, precisa que la prisión preventiva procede oficiosamente cuando se trata de delitos muy específicos y de alto impacto, como delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud. Por su parte, el artículo 20, apartado B, fracción I, de la propia Constitución, regula el principio de presunción de inocencia, que implica que toda persona debe ser tratada como inocente, mientras no se pruebe su culpabilidad en un juicio mediante una sentencia, impidiendo, en la mayor medida posible, la aplicación de medidas que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena. De igual forma, de los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deriva que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal; y que todo inculcado por un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. En ese orden de ideas, la necesidad de la prisión preventiva en función únicamente de la pena de prisión que prevé el hecho delictuoso señalado por la ley como delito, deviene contraria a los preceptos constitucionales y tratado internacional invocados, pues atento al carácter excepcional de la medida cautelar en análisis, como al principio de presunción de inocencia en su vertiente de regla de trato procesal, su imposición con el solo argumento de la penalidad es una postura anticipada sin justificación alguna, pues se tiene por cierto que el imputado se sustraerá del procedimiento penal con base en la posible imposición de la pena de prisión que el tipo penal sanciona. Máxime si se tiene en cuenta que la fracción II del artículo 168 del Código Nacional de Procedimientos Penales expresa

que para decidir sobre el peligro de sustracción del imputado, deberá atenderse al máximo de la pena que, en su caso, pudiera llegar a imponerse de acuerdo con el delito de que se trate y a la actitud que voluntariamente adopte el imputado, de lo que se advierte que el factor relativo al máximo de la pena no debe ponderarse aisladamente, sino en conjunto con las circunstancias señaladas.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.⁴

Esta tesis se publicó el viernes 23 de noviembre de 2018 a las 10:34 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 26 de noviembre de 2018, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

II. Las normas constitucionales, convencionales y legales aplicables a la prisión preventiva.

Recordemos las normas constitucionales, convencionales y legales que se refieren a la prisión preventiva.

- **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**

La primera referencia que encontramos en la Constitución mexicana acerca de la prisión preventiva se localiza en el artículo 18, primer párrafo que en la parte conducente dispone:

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

⁴ Tesis VI. 2º P. J/2 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, núm. 2018459, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 60, Tomo III, Noviembre de 2018, página 2077.

Y la segunda referencia la localizamos en el artículo 19, segundo párrafo, que en la parte conducente dispone:

Artículo 19.....

*El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez **la prisión preventiva** cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.*

Ambas disposiciones debemos analizarlas en conjunto con otros preceptos del propio Pacto Federal y de las Convenciones internacionales que limitan la prisión preventiva a circunstancias específicas que en todo caso el Juez de la causa debe considerar al resolver acerca de la aplicación de esta medida cautelar que desde luego resulta extrema.

- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Artículo 7.

- a) Derechos a la libertad y a la seguridad personales.*
- b) Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*

- LEGISLACIÓN REGLAMENTARIA APLICABLE A LA PRISIÓN PREVENTIVA

Y en relación la legislación ordinaria aplicable, es necesario recordar, cuando menos, las siguientes disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Las diferentes medidas cautelares que las autoridades jurisdiccionales pueden aplicar, están contempladas en el artículo 155 que dispone:

Artículo 155. Tipos de medidas cautelares

A solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares:

I. La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe;

II. La exhibición de una garantía económica;

III. El embargo de bienes;

IV. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;

V. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;

VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;

VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse o ciertos lugares;

VIII. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa;

IX. La separación inmediata del domicilio;

X. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;

XI. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;

XII. La colocación de localizadores electrónicos;

XIII. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o

XIV. La prisión preventiva.

Las medidas cautelares no podrán ser usadas como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada.

Y en el artículo 167 de la misma legislación reglamentaria, se dispone:

Artículo 167. Causas de procedencia

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al Juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexa en los términos del presente Código.

En el supuesto de que el imputado esté siendo procesado por otro delito distinto de aquel en el que se solicite la prisión preventiva, deberá analizarse si ambos procesos son susceptibles de acumulación, en cuyo caso la existencia de proceso previo no dará lugar por sí sola a la procedencia de la prisión preventiva.

El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

La ley en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal de la manera siguiente:

I. Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;

II. Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;

III. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis;

IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;

V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;

VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;

VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;

VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;

IX. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; **Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo**, previsto en el artículo 202; **Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo**, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; **Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo**, previsto en el artículo 204 y **Pederastia**, previsto en el artículo 209 Bis;

X. Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;

XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.

El juez no impondrá la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado

en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad.

Dicha solicitud deberá contar con la autorización del titular de la Procuraduría o el funcionario que en él delegue esa facultad.

III. La presunción de inocencia en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**

En principio debemos reconocer que es la propia Constitución mexicana la que incorpora la presunción de inocencia como principio fundamental en favor de todas las personas, tal como lo establece el artículo 20, inciso B, fracción I, que recordamos a continuación:

Artículo 20.

A ...

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

...

El principio de presunción de inocencia que se ve reforzado por las disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, que en la parte conducente dispone:

Artículo 7.

a) Derechos a la libertad y a la seguridad personales.

b) Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

Artículo 8.

- a) Presunción de inocencia. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.*

IV. Análisis de las disposiciones constitucionales y convencionales que se refieren a la prisión preventiva frente al principio de presunción de inocencia.

1. En México, todas las personas gozamos del derecho fundamental consistente en que se presuma nuestra inocencia, mientras no se declara nuestra responsabilidad mediante sentencia ejecutoriada emitida por la autoridad jurisdiccional competente.
2. Corresponde al Ministerio Público o Fiscal acreditar, ante el juez de la causa, de manera contundente y sin que exista ninguna duda, la culpabilidad de una persona vinculada a un proceso penal.
3. Cuando frente a un caso específico existen dos normas contradictorias que pueden aplicarse al mismo, todas las autoridades están obligadas a optar por la norma que resulte de mayor beneficio para las personas, principio pro persona.
4. La prisión preventiva oficiosa es contraria a la presunción de inocencia, porque priva a la persona afectada de uno de los derechos fundamentales más apreciados, su libertad, sin que exista convicción legal de que dicha persona sea responsable de la comisión del delito del que se le acusa.
5. La Constitución mexicana autoriza, sin embargo, la aplicación de la prisión preventiva oficiosa, únicamente en aquellos casos en que sea evidente que cualquiera otra de las medidas cautelares previstas en la legislación

reglamentaria, pudieran no ser eficaces, medida que puede aplicar el Juez bajo su estricta responsabilidad.

6. La prisión preventiva oficiosa es una medida cautelar extrema que sólo excepcionalmente debería decretarse y siempre que no sea factible aplicar alguna otra medida cautelar de entre las que se mencionan en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales y exclusivamente tratándose de algunas de las conductas delictivas mencionadas en el artículo 19 del Pacto Federal.

7. A pesar de la limitada relación de conductas a cuyos presuntos autores podría aplicárseles la prisión preventiva oficiosa, en el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales se amplía dicha relación, y se incluyen conductas que no están consideradas en el artículo 19 Constitucional, por lo que consideramos que dicho precepto reglamentario resulta anticonstitucional y anticonvencional. Veamos el siguiente cuadro:

Art. 19, segundo párrafo de la CPEUM	Art. 167 del CNPP
Delincuencia organizada	Delincuencia organizada
Homicidio doloso	Homicidio doloso
violación	Violación
secuestro	Secuestro
Trata de personas	Trata de personas
Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos	Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos
Delitos graves contra de la seguridad de la nación	Delitos graves contra de la seguridad de la nación
Delitos graves contra el libre	Delitos graves contra el libre

desarrollo de la personalidad y de la salud	desarrollo de la personalidad y de la salud
	Las que determinen las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas
	Los supuestos que establezca la Ley en materia de delincuencia organizada
	Genocidio
	Traición a la patria
	Espionaje
	Terrorismo
	Sabotaje
	Art. 142, segundo párrafo y 145 CNPP
	Corrupción, pornografía, turismo sexual, lenocinio, Pederastia
	Tráfico de menores
	Contra la salud

V. Revisión de la Iniciativa de Reformas Constitucionales aprobada por el Senado de la República y en proceso de convertirse en reforma constitucional.

El proceso legislativo en curso por el que se propone reformar el artículo 19 constitucional, tiene como objetivo incorporar al catálogo de conductas a cuyos autores se les puede aplicar la prisión preventiva oficiosa, nuevos supuestos. La relación de dichas conductas es la siguiente:

PROYECTO DE REFORMAS LA ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL

Art. 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 particulares, delitos cometidos con medios violentos con 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.

La iniciativa de reformas constitucionales se originó en el Senado de la República y del dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Segunda, con 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. De este documento hemos extraído algunos de los párrafos de los que se desprenden los argumentos que los legisladores tuvieron en consideración para justificar su propuesta.

SEGUNDA. DE LOS ANTECEDENTES.

El Derecho Penal es una forma de control social, a la cual el Estado confía los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, al menos los que el consenso social considera como de mayor valía, y ello lo hace, sin duda, porque sabe que quien se atreve a atentar contra tantos valores está consciente de que la reacción del sistema jurídico será la

más severa y que, por ende, enfrentará graves consecuencias. No obstante, a este derecho, los hombres se han preocupado y ocupado de buscar límites; así se trabajó y se sigue trabajando en la creación de las más complejas construcciones de derechos fundamentales.

En lo que concierne a la materia penal, los derechos y garantías fundamentales, propias de un Estado de Derecho se representan en los principios de legalidad, de intervención mínima, de culpabilidad, de presunción de inocencia, a la tutela judicial y a no declarar contra sí mismos, entre otros.

Sin embargo, hay contextos especiales en los que es necesario aplicar un derecho más restrictivo, que ayude a desincentivar la comisión de un determinado tipo de delitos que lesionan los bienes jurídicos más sensibles de la sociedad.

Al respecto, Günter Jakobs plantea en la teoría del Derecho Penal del Enemigo, los siguientes supuestos básicos:

- 1) La ley no se orienta a fines preventivos, sino a emprender una lucha en contra de los enemigos del Estado, diferentes en su comportamiento a los ciudadanos normales.
- 2) Es necesario hacer un adelantamiento de la línea defensiva para preservar el orden social.
- 3) Deben sancionarse incluso actos preparatorios.
- 4) La ley penal se ocupa del sujeto, y lo tipifica por las características o atribuciones de éste.
- 5) Hay una restricción de garantías procesales para los enemigos, pues estos no tienen porque beneficiarse de los principios que restringen la actuación estatal respecto al derecho penal. Los extraños a la normatividad se ubican en el plano de excepción de aquellos sujetos

que, por su peligrosidad potencial para la sociedad, deben contar con una restricción a sus derechos procesales.

.....

Para Jakobs el derecho penal reconoce dos polos: el trato con el ciudadano y el trato con el enemigo. En el primero se espera hasta que el ciudadano exteriorice su hecho para reaccionar, en el segundo, se intercepta al enemigo en un estadio previo.

Parece evidente que la famosa teoría del Derecho Penal del Enemigo, del alemán Günter Jakobs, entra en conflicto y resulta contraria a los principios fundamentales en los que se sustentan los derechos humanos, debido a su propuesta de reconocer “dos polos”, para diferenciar a las personas; a saber: los ciudadanos y los enemigos. Propuesta que, en el mundo ha caído en desuso y que, desde luego, nosotros no compartimos, básicamente porque promueve la creación de un derecho que resulta evidentemente discriminatorio.

De ser aprobada la iniciativa de reformas constitucionales que se encuentra en curso (marzo de 2019), tal como la hemos descrito, se generará un conflicto constitucional frente a las disposiciones. También constitucionales y convencionales, contenidas en los artículos 1o y 20, inciso B, fracción I del Pacto Federal y artículos 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Resultará. Además, de aprobarse dicha reforma, se violaría el principio fundamental de progresividad consagrado en el artículo 1 de la Constitución y por virtud del cual, los derechos humanos siempre deben evolucionar hacia mejores niveles de protección de las personas y no retroceder regresando a situaciones violatorias de derechos humanos que ya hubieren sido superadas.

En resumen y en aplicación del principio de progresividad consagrado en el texto constitucional, se puede concluir que una norma constitucional no puede reformarse si como consecuencia de tal reforma se cancelan derechos fundamentales previamente establecidos.

El mayor problema que se puede generar al decretarse la prisión preventiva oficiosa a una persona inculpada de la probable comisión de un delito, consiste en la enorme injusticia que puede generarse en su perjuicio si al concluir el proceso penal correspondiente la sentencia lo declara inocente, ¿Cómo repararle a una persona que ha permanecido un tiempo indeterminado, que puede ser de varios años, el grave daño que se le ha provocado al mantenerlo privado de su libertad por un delito que no cometió?

VI. Historia de un caso paradigmático.

Y para muestras un botón. Recientemente se publicó en el periódico *La Jornada* una nota que nos permitimos reproducir para acreditar los riesgos que se pueden correr al decretar la prisión preventiva oficiosa.

La nota periodística es la siguiente:

Soy inocente y llevo más de 16 años en prisión. ¿Cómo me reparan el daño?

Reyes Alpizar, el preso con más años de encarcelamiento preventivo en América Latina

Reyes Alpizar Ortiz cuenta los días, las horas y los minutos que lleva en prisión preventiva sin haber cometido ningún delito: 5 mil 854 días, más de 16 años sin sentencia y sin el debido proceso.

Su caso es emblemático a escala internacional porque se ha convertido, junto a Daniel García Rodríguez, en los presos con mayor número de años en prisión preventiva de América Latina y en la violación más flagrante de la Constitución mexicana, la cual señala que la prisión preventiva no puede ser superior a dos años.

El Grupo de Detenciones Arbitrarias de la Organización de las Naciones Unidas determinó en el expediente 66/2017 que su detención y la de Daniel, tienen un carácter arbitrario y exigió su liberación inmediata, así como la reparación integral del daño. Mientras la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) admitió en su informe 68/17 su caso para su análisis de fondo.

Ambos, esperan ser beneficiados en el programa de liberación de presos políticos del nuevo gobierno. Sus casos forman parte de la lista de 368 personas que permanecen en la cárcel y esperan ser atendidos por la Secretaría de Gobernación, Olga Sánchez Cordero y la senadora Nestora Salgado, encargadas del estudio y revisión de los expedientes. El 25 de octubre de 2002, Reyes Alpízar estaba esperando un autobús para ir a su casa cuando llegó un coche particular color gris con varios sujetos vestidos de civil que nunca se identificaron y lo subieron a un coche:

“Yo no sabía si era un secuestro. Me pusieron un lazo en las manos hacia atrás. Y uno me dijo: “Tu cabeza, hijo de tu pinche madre, tiene precio. No sabes con quién te metiste. Me llevaron a la calle Lerma a un puente peatonal al lado de un campo de futbol. Le marcaron al comandante El Jarocho y después llegaron dos unidades rotuladas de la Procuraduría de Justicia del Estado de México con personas uniformadas”, dice en entrevista con *La Jornada*.

Añade: “Desde el primer momento que me detienen, yo les dije que era inocente. Me vendaron de la cabeza hacia la cintura con las manos esposadas en la espalda y me sentaron en una silla, ahí empezó la tortura. Es una etapa que he intentado olvidar por las pesadillas que aún tengo.”

Uno de los policías le gritó: “A ver, hijo de la chingada, o no eres o tienes muchos huevos, cabrón. Pero no importa, aquí te vas a chingar y vas a cantar hasta *Las Mañanitas*”.

Reyes Alpízar dice que creyó que iba a morir: “Me dieron una golpiza de muerte. Me pusieron bolsas de plástico en la cabeza, con amoníaco. Luego me llevaron a un hotel y sumergían mi cabeza en el excremento del baño. La tortura física y psicológica continuó durante muchos días.”

En total, fue arraigado por 45 días en el hotel Hacienda de Tlalnepantla, un tiempo de tormento que nunca olvidará. Durante ese periodo sufrió golpes, descargas eléctricas en sus genitales, asfixia con bolsas de plástico, quemaduras, inyecciones y otros métodos para obligarlo a firmar su declaración de culpabilidad.

Los policías que lo torturaron le enseñaban unas hojas escritas y fue cuando por fin supo de qué lo acusaban, ya que fue detenido sin orden de aprehensión. Lo señalaban como el autor material del homicidio de la ex regidora María de los Ángeles Taméz Pérez de 28 años, asesinada por tres sujetos, el 5 de septiembre de 2002 de tres disparos, a unos metros de su casa en el municipio de Atizapán, luego de denunciar irregularidades cometidas por las autoridades municipales del gobierno del Partido Acción Nacional.

“Nunca conocí a la regidora que asesinaron, ni a ninguna de las personas involucrados, ni tampoco a Daniel García, mucho menos a Juan Domínguez Zambrano. Ellos buscaron un chivo expiatorio. Me fabricaron el delito, fabricaron todo.”

Sin debido proceso

Este caso y otros que han sido denunciados ante instancias de derechos humanos nacionales e internacionales como fabricados, se inscriben en el periodo del Procurador del Estado de México, Alfonso Navarrete Prida.

Reyes Alpízar fue detenido cuando tenía 35 años. La tortura obligó a sus verdugos a trasladarlo al Hospital Especializado en Traumatología. Ahí fue cuando los policías lo obligaron a firmar esas hojas sin leerlas, de lo contrario, matarían a su esposa y a su hija recién nacida.

Luego se enteró que el documento que firmó era su declaración fabricada por las propias autoridades que lo autoinculpaba, donde además refería haber acompañado a un tal Jaime Martínez Franco a cometer el asesinato de la regidora: “Me preguntaban por Jaime Martínez Franco pero yo les decía que él estaba recluido en el penal de

Tula, Hidalgo, y que tenía muchos años de no verlo. Me preguntaban por más gente que ni siquiera conocía.”

El principal objetivo de la tortura y la declaración fabricada era que Reyes inculpara a Daniel García Rodríguez, que había sido detenido ocho meses antes, por haber supuestamente planificado dicho homicidio: “Yo no conocía a Daniel, nunca en mi vida lo había visto.”

Hasta ese momento, la acusación del asesinato de la regidora descansaba en Raúl Loyola Halagón, un testigo que denunció ante un juez también haber sido víctima de tortura por parte de los policías, lo que provocó que la versión oficial se les cayera.

La jueza de la causa, Martha Salgado Román, cometió graves irregularidades durante años que han sido denunciadas. Luego mintió ante la CIDH cambiando el delito y la participación por la que fueron procesados. A Daniel García lo identificó como “el autor material” diciendo que disparó un arma contra la regidora, cuando en realidad en su causa penal 236/2016 está como autor intelectual.

A continuación el juez quinto de Tlalnepantla argumentó que las acusaciones de tortura recaían sobre el Subprocurador de Justicia de Tlalnepantla y que contaba con “fe pública”, por lo que ignoró todas las denuncias de tortura, hasta que 10 años después un amparo se lo ordenó.

“Todo es una mentira inverosímil. Según ellos yo fui por Jaime para sacarlo del penal de Tula, le dieron permiso de salir, vinimos a quitarle la vida a la regidora y luego regresamos a Jaime al penal y luego yo me vine a cotorrearla en donde no podía estar en Atizapán. Toda su versión fabricada es francamente estúpida.”

Libertad inmediata

Reyes Alpízar de 52 años es artesano. Tiene nueve hijos cuya vida se ha perdido los pasados 17 años: “Cuando llegué me quería morir. He vivido 22 motines y dos fugas. Este es un lugar muy incierto, ha habido matanzas. Hoy está uno y mañana no sabemos dónde vamos a

amanecer. Es muy difícil. Acá todo vale. Una cebolla o un tomate vale siete pesos, una tortilla vale un peso. En la mañana si alcanzas tu bolillo qué bueno y si no, pues ni hablar. A mediodía tres tortillas unos frijolitos, pocos, con bastante agua y un pellejo de pollo o huevo en agua.”

Añade: “Daniel y yo estamos en prisión preventiva por un delito que no cometimos, por causa de la injusticia, de la impunidad. Vivimos en la incertidumbre. ¿Cómo nos reparan este daño que nos han hecho?”

Reyes se emociona cuando recuerda como su compañero de injusticia, Daniel, se ha convertido en su amigo y en el gran sostén emocional y jurídico en el penal de Barrientos. Su caso, ya fue denunciado en La Jornada <https://www.jornada.com.mx/2018/03/11/politica/010n1pol>: “Él me anima y me dice, échale para adelante. Cuando llegué le dije que quería que me llevara la chingada porque nadie me creía. Pero él me ha ayudado a resistir esta vida tan dura. Es mi carnal.”

Ambos están empeñados en demostrar su inocencia, exigen su liberación inmediata, una disculpa pública y la reparación del daño: “Las instancias internacionales ya nos consideran víctimas del sistema, pero seguimos encarcelados, es lo más irónico.”

Y concluye: “Lo primero que pienso hacer cuando salga es ir a visitar la tumba de mi madre. Ella me vio en el juzgado y me dijo que si no salía pronto no la iba a alcanzar. Mi mamá sabía que yo soy inocente y le dije: no sé cuándo voy a salir, pero algún día, en el nombre de Jesús.”⁵

⁵ Martínez, Sanjuana, “Soy inocente y llevo más de 16 años en prisión. ¿Cómo me reparan el daño?”, en *Periódico La Jornada*, 17 de marzo de 2019, página 10, [en línea], <<<https://www.jornada.com.mx/2019/03/17/politica/010n1pol>>>, [consulta: 30 de marzo, 2019].