



ENSAYO

La inconstitucionalidad de la prisión preventiva oficiosa

HUGO PÉREZ ARELLANO^{1*}

 UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA [UABC]
México

 <https://orcid.org/0000-0002-5217-6791>
 lichugoperez@hotmail.com

Recibido: 12-XII-2021/ Aceptado: 20-XII-2021/ Publicado: 01-I-2022

Resumen

Se busca analizar el fundamento de la inconstitucionalidad de la prisión preventiva oficiosa por ser transgresora de las garantías que protege el derecho natural y humano a la libertad reconocido y aceptado por el Estado mexicano, tutelado por la Constitución Política de México al exentar con su aplicación a la fiscalía de la obligación de investigar para su imposición por ser en automático.

Palabras Clave: Prisión preventiva oficiosa, garantías, derecho natural, derecho humano, Constitución Política.

The unconstitutionality of informal preventive detention

Abstract

It seeks to analyze the basis of the unconstitutionality of the informal preventive detention for being a violation of the guarantees that protects the natural and human right to freedom recognized and accepted by the Mexican State, protected by the Political Constitution of Mexico by exempting with its application to the prosecution of the obligation to investigate for its imposition because it is automatic.

Keyword: *Unofficial preventive detention, guarantees, natural right, human right, Political Constitution.*

¹ **BIODATA:** Abogado litigante, ex Agente de Ministerio Público, Maestro en Derecho con mención honorífica por la Universidad Autónoma de Baja California [UABC], México, doctorando del Doctorado en Ciencias Jurídicas por la UABC, México, docente de asignatura de Axiología Jurídica y Derecho Procesal Penal. Líneas de investigación Derecho Constitucional, Derecho Procesal Penal, Derechos Humanos.

* **Autor de Correspondencia:** lichugoperez@hotmail.com



Cita sugerida (APA, séptima edición)

Pérez Arellano, H. (2022). La inconstitucionalidad de la prisión preventiva oficiosa. *Revista Peruana de Derecho y Ciencia Política*, 2(2), 17–27.

I. INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva como medida cautelar ha de estar siempre justificada ya que de no hacerlo así se estaría relevando a la autoridad ministerial del deber de investigar y demostrar la necesidad de la cautela y a su vez libera al juzgador de su actividad esencial de decidir frente a los argumentos que esgrimen las partes; la consecuencia natural de ello es la vulneración del derecho humano a la libertad que de manera universal se encuentra razonablemente comprendida con independencia del reconocimiento efectivo de su validez, toda vez que se habrá de constituir en una pena anticipada si no se justifica más allá de la fórmula tautológica de la sola legalidad con el argumento inclusive del mandato constitucional por tratarse de delitos graves.

La libertad es a su vez un derecho natural y humano por ser anterior a la creación del Estado, pero también al ser positivizado se adquiere la obligación estatal de garantizar su protección mediante la aplicación del principio *pro personae* y la interpretación conforme.

En ese sentido, cuando el fiscal decide formalizar una investigación sabedor del mínimo estándar probatorio requerido para un auto de vinculación a proceso [respecto a un hecho que la ley define como delito con prisión preventiva oficiosa], queda excluido de justificar la necesidad de la cautela y por ello, el de acreditar con datos objetivos el riesgo para la víctima, la sociedad y para la propia investigación, con lo que vulnera los principios de los que participa a nivel constitucional el sistema de impartición de justicia, entre ellos, el de presunción de inocencia, y el de juicio previo y debido proceso.

El presente trabajo tiene como propósito analizar los fundamentos de la inconstitucionalidad de la prisión preventiva oficiosa, que, al encontrarse desprovista de justificación es violatoria de derechos humanos.

II. DESARROLLO

En la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 se dio una nueva transformación especialmente al artículo 1ero. de la Constitución Federal de México, donde se advierte el control difuso de la convencionalidad en que se obliga a la federación y a los estados integrantes de la misma, es decir, a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias “a velar por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal y a adoptar la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate a través del llamado principio *pro personae*” (Pardo, 2012).

De este modo, al reformarse la denominación del título I de la Constitución Federal también se incorporaron varios elementos a saber:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2021)

[-18-]

Revista Peruana de Derecho y Ciencia Política [RPDCP]. Puno – Perú, No.2: 17-27, enero-abril 2022

ISSN: 2955-8247 ISSN-L: 2955-824

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.



En ese sentido, la libertad debe ser considerada un derecho humano del gobernado y en consecuencia ser garantizada su protección más amplia para que de este modo se cumpla el mandato constitucional y se observen los principios que alude el artículo 20 A) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Al hacer referencia a los derechos humanos y las garantías que los protegen tenemos dos aspectos a considerar, el primero relacionado con los derechos humanos y sus orígenes y la vinculación estrecha que tiene con el garantismo, especialmente en cuanto a lo que esto se refiere con el garantismo penal que es comprendido como una limitación que se realiza al poder estatal frente a la tentación del abuso, el garantismo penal, afirma Luis Prieto Sanchís (2019, p. XI), es “la Ley del más débil que quiere ser sin duda la garantía de la libertad, pero al mismo tiempo lo es también de la verdad”.

El garantismo se concibe pues como una alternativa a la respuesta del abuso del poder político [en conjunto], es decir se propone a establecer protección efectiva de los derechos fundamentales, de lo que sostiene el mismo Prieto Sanchís (2019, p. 5), cuando opina de un sistema jurídico de dicha naturaleza “garantista es sencillamente aquel Derecho que se orienta a la *garantía* de los derechos subjetivos y, muy especialmente, a la garantía de los derechos fundamentales”.

La libertad puede ser concebida como un derecho humano a su vez desde una perspectiva del iusnaturalismo clásico de la escuela clásica del derecho natural que, según Baruch Spinoza, quien desde de la razón o *la postura del alma* el hombre no es libre, el hombre alcanza su libertad mediante la razón que le ayuda a gobernar los afectos, en la permanente búsqueda de la virtud, la cual es la conservación de la que él se encuentra determinado (Spinoza y Domínguez, 2000); en tal sentido, la libertad es un logro humano, quizá el más grande de todos, por ello la necesidad permanente de su protección y respeto ya que es parte de la naturaleza humana ser libre mental y corporalmente, un sino de la humanidad, esto es a ser. La libertad desde esta corriente del pensamiento se comprende como lo opuesto a la esclavitud, de tal suerte que el concepto de libertad tiene un fundamento filosófico a saber.

En tal sentido, los derechos humanos tienen un origen esencialmente filosófico para con posterioridad ser positivizado en un estatuto como lo es una constitución escrita. Los derechos humanos se suscriben como valores universales o fundamentales que poseen los seres humanos por el solo hecho de serlo, para Álvarez Ledesma, son “Aquellas exigencias éticas de importancia fundamental que se adscriben a toda persona humana, sin excepción, por razón de esa sola condición. Exigencias sustentadas en valores o principios que se han traducido históricamente en normas de derecho nacional e internacional en cuanto parámetro de justicia y legitimidad política (Álvarez, 2015).

Teniendo en cuenta lo expuesto, Prieto Sanchis (1990) señala que los derechos humanos poseen una doble faz:

Comienzan por ser un grupo de valores que se decantaron históricamente y que conforme a las condiciones sociales y políticas lo hicieron posible, fueron convirtiéndose paulatinamente en normas jurídicas de Derecho Positivo. Los Valores morales en que se sustentan los derechos humanos se revelan en principios éticos muy conocidos, como el de dignidad, autonomía, universalidad, libertad e igualdades humanas.” (Sanchis, 1990, pp 17-18.

Con base en esto se puede advertir que los derechos humanos surgen como valores éticos que suponen la relación de justicia y derecho lo que hace no solo importante si no imperiosa la necesidad de ambos campos normativos, es decir el campo de los valores éticos como expresión de la normas morales en estrecha vinculación aún dialéctica con el campo de las normas jurídicas como lo plantea Ángel Martínez

Pineda, “un mundo sin normatividad ética y sin normatividad jurídica, se convierte en un mundo cruel y sanguinario solamente apto para chacales” (Pineda, 2000).

De lo anterior es de señalar que los principios morales o éticos al ser positivados en conceptos, son la manifestación clara de la dimensión axiológica del derecho, de lo que señala Álvarez Ledesma, que:

Valores-principios éticos se funda la idea de unos derechos fundamentales que posee toda persona por solo hecho de serlo (moral rights), a su noción legal (legal rights), que concibe ya a los derechos humanos como aquellos derechos positivos reconocidos en las constituciones o leyes secundarias de los sistemas jurídicos de los distintos Estados nacionales y en los instrumentos de Derecho Internacional. (Álvarez, 2015, p. 384)

Por su parte Carlos S. Nino (1989), en una revisión doctrinal del concepto de derechos humanos como parte de esta doble faz que se ha aludida, corresponden a principios éticos que surgen del derecho natural, de lo que advierte que “los derechos humanos tienen origen no en el orden jurídico positivo sino en un “derecho natural”, o sea en un sistema normativo que se caracteriza por el hecho de que el criterio según el cual ciertas normas pertenecen a él no está basado en actos contingentes de dictado o reconocimiento por parte de ciertos individuos, sino en su justificación intrínseca.

Como se ha señalado el fundamento de los derechos humanos pueden ser analizados desde dos puntos de vista, o una doble “faz”, desde la filosofía y desde el aspecto normativo; por lo que hace al sentido filosófico su fundamento se inscribe como señala Miguel Carbonell (2014), en el pensamiento de la ilustración, donde autores como Thomas Hobbes, John Locke, Juan J. Rousseau, Montesquieu, y el propio Beccaria en el ámbito penal, proponen argumentos donde se destaca la dignidad humana en contraste con el Estado Absolutista que se había venido construyendo desde la edad media.

Se puede advertir que este sentido filosófico se manifiesta a través del iusnaturalismo que, siguiendo las tesis filosóficas de Carlos Santiago Nino (1989), caracteriza al iusnaturalismo:

- a) Que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos;
- b) Que un sistema normativo, aun cuando sea efectivamente reconocido por órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal, no puede ser calificado como derecho si no satisface los principios aludidos en el punto anterior.

De acuerdo con dicha postura se puede identificar que el iusnaturalismo presenta un carácter de superioridad al considerar al derecho natural superior por ser anterior la creación o surgimiento del Estado, esto es dichos principios universales no requieren del reconocimiento efectivo de organismo o individuo alguno, de igual forma estas dos tesis representan un método para dividir al iusnaturalismo en ontológico y deontológico.

En un concepto aproximado de la libertad desde el positivismo jurídico, apartado de la moral es un Derecho Fundamental; cabe mencionar que el fundamento jurídico por el derecho atendiendo a la corriente kelseniana radicaría en que al positivizar un derecho humano cuyo origen se ubique como se ha expuesto en la justificación histórica y natural mediante la incorporación en un cuerpo normativo en un fundamento constitucional que garantice la libertad y que dé la oportunidad de reducir el excesivo formalismo legalista que lo único que garantiza es la hegemonía estatal.

Regresando al garantismo, los derechos fundamentales son una concepción que pertenece a la visión de un derecho moderno, que solo tiene cabida en regímenes democráticos, por ello no debe extrañar que esta corriente se le identifique en Estados con regímenes políticos diferentes al autoritarismo, que se ha extendido en gran parte de América Latina, y en Europa; entre varios pensadores de los que destacan, Luigi Ferrajoli (2002), quien concibe al derecho como un sistema de garantías, que no programa formas de producción (formalismo), sino a través de su contenido sustancial, (materialismo); es este autor quien concibe que solo a través de la constitución y democracia puede limitarse al poder desde la Constitución garantizando la protección de los derechos fundamentales, entendiendo a estos como derechos subjetivos, mediante expectativas de un hacer o no hacer por parte del Estado y la obligación permanente a resarcir el daño en caso de violación.

Por otro lado, de la misma corriente Miguel Carbonell ha definido en la teoría de los *Derechos Humanos y del Control de la Convencionalidad*, respecto al concepto de derechos humanos:

Son límites frente al poder de decisión que tiene una mayoría social que ocupe temporalmente los poderes públicos representativos. El respeto a la autonomía de todos, que es uno de los valores más importantes que tutelan los derechos fundamentales, exige que la mayoría no traspasa los límites vínculos que fijan los derechos fundamentales.
(Carbonell, 2014, p. 12)

Luigi Ferrajoli (2002), señala que el garantismo nació en el derecho penal, ya que el Estado dotado de la facultad del derecho a castigar; por cuanto a lo que establecen las constituciones, Ferrajoli habla de la constitución italiana, pero también puede aplicarse a otras constituciones como parámetro de racionalidad de justicia y legitimidad de la intervención punitiva.

En ese sentido, cuando se habla de garantismo se puede referir a un sistema penal garantista lo mismo que puede ser utilizado a un “juez garantista”, el cual como sugiere el propio Prieto Sanchís, al prologar su obra cuando sugiere que esta figura representa en la visión social, aquel que libera o se encuentra a favor de los “delincuentes”, y desatiende las exigencia sociales de seguridad social; estas razones son de carácter procesal ausencia de formalidad en una orden judicial, informar al detenido de sus derechos y que quede constancia de ello, citando al autor, “parece un estorbo para la parte sana de la sociedad” (Sanchís, 2019, p. X).

Resulta entonces necesario establecer un límite del quehacer de la autoridad para evitar excesos por parte del Estado, en aras de lo que se ha expuesto de reducir los altos índices de criminalidad. Sin embargo, se considera que esto último como propósito estatal se encuentra inscrito en los fines que se propone la política criminal y no en un proceso penal, el cual, de acuerdo con Eugenio Florián, quien se ha referido a los fines generales y específicos, lo ha definido como “un conjunto de actos mediante los cuales se provee a los órganos fijados y preestablecidos en la ley, y previa observancia de determinadas formas, la aplicación de la ley penal en los casos singulares concretos” (Florián, 1933). La anterior definición doctrinal se relaciona con el contenido del artículo 20 apartados A), y B) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

[...]

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

[-21-]

B. De los derechos de toda persona imputada:

A que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

Para Prieto Sanchís, y Luigi Ferrajoli, sostienen que solamente en un Estado constitucional de Derecho tiene cabida el garantismo, lo cual representa:

El sometimiento del poder, de todo poder, al impero de los derechos fundamentales; o, más en general, el sometimiento del Derecho al Derecho. Por eso, las garantías penales y procesales que definen el contenido de derecho penal mínimo, un modelo garantista y no sustancionalista, cognitivo y no decisionista, se postulan justamente como garantías constitucionales vinculantes también para el legislador. (Sanchís, 2019, p. 12)

Por su parte Ferrajoli (2002, p. 192), considera que a partir de la anterior perspectiva es decir como modelo de derecho positivo propone como “un modelo de derecho orientado a *garantizar* los derechos subjetivos”. Aclara que el termino garantía no debe ser empleado bajo el sentido civil tradicional, es decir como un mecanismo que asegure el cumplimiento de una obligación, como una garantía prendaria o hipotecaria; sino más bien en el sentido que usamos cuando se habla de garantías constitucionales, es decir, como un instituto jurídico destinado a la constitución y, más específicamente de los derechos fundamentales que en el caso de México establece el Título Primero Capítulo I de los Derechos Humanos y sus Garantías.

Luis Prieto Sanchís (2019, pp. 9-10) señala que, “para el garantismo el derecho y su fuerza, es decir fundamentalmente el derecho penal representa un *mal*, no un *bien* moral; acaso un mal necesario, pero un mal al fin y al cabo que conserva siempre un residuo de ilegitimidad y, por tanto, una necesidad de justificación ante una instancia superior, que es justamente la moral de los derechos humanos, siempre crítica y externa al derecho positivo”.

Para Marina Gascón, citado por Carbonell y Salazar (2009, p. 38), considera que “el garantismo penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado. El modelo garantista del derecho penal en sus vertientes sustantiva y adjetiva o procesal intenta asegurar respecto de otros modelos de Derecho Penal históricamente concebidos y realizados coma el máximo grado de razón y, por tanto, delimitación que la potestad punitiva y tutela de la persona contra la arbitrariedad”.

El garantismo no se hace falsas ilusiones, por el contrario, como lo señala Ferrajoli (1995), parte desde la filosofía política la idea de la desconfianza hacia los poderes del Estado por ello la necesidad de limitación frente a la posibilidad a un posible abuso.

La forma de control social por parte del Estado es sin duda el derecho penal, es en esta área donde se presenta la mayor presencia de violaciones a las garantías que protegen los derechos humanos. De acuerdo con Hidalgo Murillo (2009), las garantías normativas tienen un propósito y es el de ordenar, igualar y asegurar en su carácter instrumental a los derechos humanos.

Las garantías normativas pretenden evitar la modificación arbitraria de los derechos humanos. En México, conforme al artículo primero constitucional las garantías no podrán ser restringidas ni suspendidas y conforme a los artículos 14 y 16 constitucional no es posible limitar un derecho sin juicio previo u orden de autoridad competente, entonces sí se confunden los derechos humanos con garantías

individuales al permitirse el límite de una garantía se permite restringir con ella, el derecho implícito en la misma.

Las garantías normativas sirven para proporcionar la transformación de los derechos formales (los derechos reconocidos en las normas en derechos reales derechos socialmente exigibles de forma efectiva) en México la Constitución Política, al “otorgar” garantías y en ese orden “otorgamiento” reconocer derechos humanos impidió, por la igual interpretación conforme a la letra y por ende la renuncia a la interpretación histórica, axiológica, ontológica y evolutiva, la mejor comprensión de los “derechos” (Hidalgo, 2009).

Una vez que se ha expuesto que el derecho a la libertad, puede ser concebido en dos planos a saber; como un derecho humano, pero también como una garantía normativa del que ambas pueden converger, esto es que no obstante, que pertenezcan dada su naturaleza, a diferentes visiones, es decir una se ubica en el campo del [lo que como se ha expuesto] universo de derecho humanos, que el Estado mexicano tiene por directriz la custodia mediante sus garantías de proteger al gobernado, pero también constituye la libertad una garantía que debe ser protegida por y desde la constitución.

Como parte de un proceso penal, como se ha señalado en líneas superiores debe de permear los lineamientos como condiciones mismas para se asegure la afectación de los derechos de lo que dice Ferrajoli (2006) de la Ley del más débil, en este caso del que pudiere ser víctima de la actividad estatal o de las autoridades.

Para cumplir y ceder por decir así a la presión de la exigencia social que en el caso específico que da lugar al análisis que nos ocupa, a la solicitud de imposición de la medida cautelar más gravosa que existe, la prisión preventiva oficiosa, al llegar a este punto, es necesario señalar que para autorizar una vinculación a proceso cuando es resultado de acreditar por el ministerio público fiscal de los requisitos medulares ante el órgano jurisdiccional y este inicie un proceso penal, lo cual significa que en opinión del juzgador haya elementos para establecer una relación jurídica donde con los principios que como se ha señalado en líneas superiores que estatuye el artículo 20 apartado A), es decir los principios rectores, esto es, garantías del proceso penal; de los principios antes mencionados es de destacar el principio de presunción de inocencia, el cual postula “*Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional*” [...], que se ve, es vulnerado cuando se impone una medida cautelar sin que medie el principio de contradicción como ha sido señalado.

Los objetivos que se proponen las medidas cautelares entre ellas la prisión preventiva que estatuye el artículo 150 del Código Nacional de Procedimientos Penales vigente, es decir una vez que haya sido vinculado a proceso el imputado, sirven para garantizar su comparecencia a proceso, garantizar la seguridad de la víctima y testigos, y más aún garantizar la eficacia de la investigación, es decir los fines que tienen las medidas cautelares son de carácter instrumental, en modo alguno pueden constituir una pena anticipada, ya que al imponer la medida cautelar de la prisión preventiva de acuerdo con lo previsto por el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que a la letra se transcribe:

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 conexas en los términos del presente Código. (Código Nacional de Procedimientos Penales, 2021)

Del texto normativo se advierte que solo en los casos que no sea suficiente las medidas cautelares o resguardo domiciliarios impondrá prisión preventiva de lo que en congruencia con el principio de contradicción comprendido este como la oportunidad que tienen las partes de contradecir los argumentos, pruebas, alegatos que sean presentados en todas las audiencias, esto es así que de garantizar a las partes la posibilidad de combatir lo expuesto ante un juez que garantice la audiencia, estaría contraviniendo el texto constitucional el cual establece con claridad el artículo 20 A), fracción VIII, cuando establece que “*el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado*”, sin embargo relegar de la obligación de tener por justificada la medida cautelar de la prisión preventiva oficiosa, también se relega la facultad de decidir, la cual es exclusiva del juzgador por virtud de lo que establece también el artículo 21 constitucional cuando señala “*La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial*”.

Luego entonces al imponer de manera oficiosa la prisión preventiva, iría en contra del espíritu de la interpretación armónica del artículo 20 A) de la constitución, que como se ha señalado ha buscado reivindicar el derecho fundamental de la libertad, ya que, de no justificar los argumentos para su imposición mediante datos, antecedentes de prueba, vulneraría el derecho humano a la libertad, pues no pasa desapercibido el hecho de que el mismo del artículo 167 se advierte:

El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por 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 que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

Numeral que ha presentado diversas reformas a partir de la constitucional de junio de 2008, en donde se puede advertir que se ha aumentado el catálogo de los delitos con prisión preventiva oficiosa, ya que en la reforma del 2011 incorporó el delito de *trata de personas*, en tanto que la reciente reforma del 2019, se incorporaron delitos como [*uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares*] (Reformas Constitucionales por Artículo, 2021).

Como es evidente, dicha reforma obedeció a intereses de política criminal desde la propia legislación, cuando lo cierto es que es la ruta más sencilla, ya que, frente a compromisos electorales los límites que señaló la reforma del 2011 resultaban un estorbo para los fines que se proponen las políticas públicas emprendidas por el Estado mexicano, de ahí la necesidad de la reforma.

El delito es más que una conducta humana, es un fenómeno social a saber, aspectos que ciencias especializadas se han dado a la tarea de estudiar las causas que lo motivan, es Hilda Marchiori (2004, p. 6), quien ha señalado que “la conducta delictiva siempre provoca daño individual, social, cultural, económico, institucional en muchos casos el daño tiene carácter irreversible”.

Temas como la impunidad, injusticia, violación sistemática de los derechos humanos de los ciudadanos, son fenómenos sociales que producen incertidumbre, desasosiego, y una permanente ausencia de credibilidad en las instituciones jurídicas; la inseguridad tema recurrente y azaroso ha sido motivo de justificación del Estado a través de quien lo represente para caer en la tentación de dar mayor prevalencia a satisfacer el reclamo social de una mayor seguridad pública en contraste al respeto de los derechos fundamentales y las garantías que los protegen, pues como opina Sergio García (2006a), necesitamos de ambas cosas al mismo tiempo; en un Estado democrático, como lo es México, considera que, frente a la exigencia social por la contención de la criminalidad, se plantea un dilema al cual califica de falso, donde se advierte que, para garantizar la eficacia de la persecución penal y el respeto al debido proceso, de lo que señala:

En buena medida, el problema central de la justicia penal en nuestro tiempo, que se proyecta sobre las contiendas acerca de derechos humanos, gira en torno al (falso) dilema entre debido proceso (due process) y con tención del crimen (crime control), o bien, a la eficacia de la persecución penal instalada sobre el respeto a los derechos humanos, por una parte, y la seguridad pública, por la otra". (García, 2006a, p. 647)

III. CONCLUSIONES

De tal suerte que podemos concluir que el Estado mexicano, ha optado por ceder paso a las exigencias sociales de mayor seguridad pública, antes que respetar los derechos fundamentales y las formas que de acuerdo al contenido del artículo primero de la Constitución Política, en una transformación paradigmática que planteó en junio de 2011; sin embargo, con los cambios políticos ha cobrado mayor relevancia el resultado de “combatir” por decirlo así problemas sociales añejos distintos a los jurídicos, lo cual es un retroceso, una “deforma” a un sistema procesal acusatorio, cuyos postulados son de corte garantista, donde la verdad prevalezca sobre el poder o al menos como sostienen Ferrajoli y Sanchís, poder saber, el fondo sobre la forma. En ese sentido, es de concluir que sacrificar el respeto a los derechos fundamentales para responder al reclamo social resulta evidentemente inconstitucional.

La inconstitucionalidad proviene de una antinomia que violenta los principios de exhaustividad y congruencia, antinomia impropia al existir un conflicto evidente en el que por un lado se protege y garantiza la libertad humana y por el otro se dé una solución facilista, sacrificar al débil, en una democracia “deformada”, en donde a la sociedad sana le urge protección a toda costa, anulando al desviado.

Violaciones del principio de la legalidad desde la aparente legitimidad estatal, al inobservar los lineamientos y condiciones previamente establecidos para la creación de la norma, vulneran a su vez postulados de un sistema normativo que en conjunto fue creado con una ideología garantista con los cánones internacionales permiten comprender la necesidad de la interpretación conforme, del principio *pro personae*, frente a una creciente crisis del derecho, inclusive como afirma Ferrajoli, en los países más democráticos, de los que propone el caso más evidente el de la legalidad, cuando se vulnera en agravio de un país, lo mismo que a un gobernado mediante el argumento aparente de la necesidad de contención de la criminalidad hace evidente la crisis del derecho; se requieren las garantías hoy más que nunca, seguridad pública sí, pero también seguridad jurídica, ya que no es únicamente mediante el carácter instrumental de la ley como puede ser posible esos fines propuestos, en este carácter deben converger orden, igualdad y seguridad jurídica, los cuales hacen posible otros valores superiores que tienen el estatus de universales, es decir, los derechos humanos, que se ven protegidos por garantías constitucionales y legales.

En ese sentido, cuando se inobserva el principio de presunción de inocencia se hace evidente la anulación de dichas garantías, aplicar de manera oficiosa y ampliar cada vez más el catálogo de delitos graves con prisión preventiva oficiosa es un síntoma claro de la crisis anunciada.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez, M. (2015). *Introducción al Derecho*. McGraw Hill.
- Carbonell, M. (2014). *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*. Centro de Estudios Jurídicos Carbonell.
- Carbonell, M., y Salazar, P. (2009). *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Editorial Trotta.
- Código Nacional de Procedimientos Penales*. (2021). 153.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. (2021). 346.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2016). *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Trotta.
- Florián, E. (1933). *Elementos de derecho procesal penal*. Bosch.
- García, S. (2006). El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(117). <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2006.117.3892>
- Hidalgo, J. (2009). *Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal* (1. ed). Editorial Porrúa: Universidad Panamericana.
- Marchiori, H. (2004). *Criminología: Teorías y pensamientos*. Porrúa.
- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos: Un ensayo de fundamentación*. Editorial Astrea.
- Pardo, J. (2012). *El caso Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos*. 333–346.
- Pineda, Á. M. (2000). *El derecho, los valores éticos y la dignidad humana*. Editorial Porrúa.
- Reformas Constitucionales por Artículo*. (2021). Cámara de Diputados. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm
- Sanchís, L. (2019). *Curso Básico sobre garantismo* (primer). Centro de Estudios Jurídicos Carbonell.
- Spinoza, B. de, y Domínguez, A. (2000). *Ética demostrada según el orden geométrico 2*. Trotta.

Conflicto de intereses

El autor declara que no incurre en conflictos de intereses.

Contribución de los autores

Hugo Pérez Arellano: Declara de extremo a extremo, haber desarrollado en su totalidad el presente estudio.

Fuentes de financiamiento

El autor declara que no recibieron un fondo específico para esta investigación.

Aspectos éticos y legales

El autor declara no haber incurrido en aspectos antiéticos, ni haber omitido aspectos legales en la realización de la investigación.



*La publicación de este artículo fue posible gracias al financiamiento del Instituto de Investigación y Capacitación Profesional del
Pacífico
[IDICAP – PACÍFICO], Perú.
<https://idicap.com/web/>*



URL: <https://idicap.com/ojs/index.php/dike/issue/view/10>
Revista Peruana de Derecho y Ciencia Política. II Época. N° 2. Pgs: 17-27

[-27-]

Revista Peruana de Derecho y Ciencia Política [RPDCP]. Puno – Perú, No.2: 17-27, enero-abril 2022
ISSN: 2955-8247 ISSN-L: 2955-824

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.

