

¿a qué intereses responde realmente la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa? El caso de México

What are the real interests behind the instauration and increase of the ex-officio preventive detention? The case of Mexico

Daniel Juárez Hernández
Doctorado en Derecho y Argumentación Jurídica
Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, UATx
lic.dan.specter@gmail.com

Fecha de recepción: 30 de marzo 2022

Fecha de aceptación: 30 de noviembre de 2022

Resumen:

La reforma constitucional sobre Seguridad y Justicia, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio del 2008, instaure el sistema de justicia penal acusatorio y oral en México, con características específicas; implementa diversos instrumentos, principios y preceptos jurídicos; y establece, específicamente en el artículo 19 constitucional, la prisión preventiva oficiosa para determinados delitos, catálogo de delitos que se amplió en abril del 2019. Estos hechos derivaron en diversos debates, análisis y estudios, donde se cuestiona la prisión preventiva oficiosa y se plantean sus problemáticas. Para dar respuesta a las preguntas, para analizar y aproximarnos a resolver las problemáticas, es preciso, como un buen punto de partida y como objetivo central de este trabajo, saber a qué intereses responde realmente la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa, en México y en cualquier parte del mundo.

Summary

The constitutional reform on Security and Justice, published in the Official Gazette of the Federation on June 18, 2008, establishes the accusatory and oral criminal justice system in Mexico, with specific characteristics; implements various legal instruments, principles and precepts; and establishes, specifically in article 19 of the Constitution, the ex-officio preventive detention for certain crimes, a catalog of crimes that was expanded in April 2019. These facts led to various debates, analyzes and studies, where ex-officio preventive detention is questioned and its problems are raised. In order to answer the questions, to analyze and approach to solve the problems, it is necessary, as a good starting point and as a central objective of this work, to know what are the real interests behind the instauration and increase of the ex-officio preventive detention, in Mexico and anywhere in the world.

Palabras clave: Prisión preventiva oficiosa, intereses reales, marco de poder actual, funciones manifiestas, funciones latentes.

Keywords: Ex-officio preventive detention, real interests, current power framework, manifest functions, latent functions.

I. Introducción

La realidad actual en México es que vivimos en una sociedad con altos índices de violencia, violación de derechos humanos a todas horas y con presencia del fenómeno delictivo en cualquier lugar del país. Para hacer frente a esta situación, en el terreno de lo formal, la reforma constitucional sobre Seguridad y Justicia, que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de junio del 2008, instauró el sistema de justicia penal de corte acusatorio y oral en México, con características específicas. Asimismo, esta reforma implementó diversos instrumentos, principios y preceptos jurídicos, y establece, específicamente en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la prisión preventiva oficiosa para determinados delitos, un catálogo de delitos que se amplió con la reforma constitucional que tuvo lugar en el mes de abril del año 2019.

A partir de los hechos referidos, se ha cuestionado todo lo relacionado con la prisión preventiva oficiosa y se plantean sus problemáticas en diversos y distintos debates, análisis y estudios. El objetivo central de los presentes escritos es saber a qué intereses responde realmente la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa, en México y en cualquier parte del mundo, como un buen punto de partida para dar respuesta a los cuestionamientos sobre esta medida cautelar, para analizar y aproximarnos a resolver sus problemáticas.

En el primer apartado se ponen de relieve los intereses declarados tras la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa: es declarada como una medida cautelar para hacer frente al fenómeno delictivo. Por eso resultó fundamental analizar su proceso legislativo, ir en busca de la justificación en la exposición de motivos de la reforma constitucional de 2008, así como examinar cualquier elemento que nos permita saber qué intereses están relacionados con el establecimiento de dicha medida cautelar y, sobre todo, identificar los intereses a los que, de manera manifiesta, dice responder.

Para el segundo apartado, se aborda la ubicación de la prisión preventiva oficiosa en el aquí y el ahora, es decir, el actual momento de poder en el que se inscribe esta medida cautelar. Para cumplir con el objetivo central, no puede dejarse de lado el contexto mundial y regional con relación al poder imperante en la actualidad. Diversos autores identifican este poder desde diferentes perspectivas y con diferentes nombres: *totalitarismo financiero*, *podere salvajes*, entre otros.

Finalmente, en el tercer apartado, se analizan los intereses a los que realmente responde la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa. Diversos escritos realizados desde diferentes perspectivas (teoría crítica, sociología jurídico-penal, criminología crítica, e incluso posturas abolicionistas del sistema penal) han analizado muy bien el derecho penal, el sistema de justicia penal y sus instituciones, y han llegado a conclusiones importantes: estos nacen bajo los intereses y la visión del mundo del poder que impera en cierta época histórica.

II. Intereses declarados tras la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa

La reforma constitucional sobre Seguridad y Justicia de 2008,¹ estableció, en el terreno de lo formal, un nuevo paradigma con relación al sistema de justicia penal en México, es decir, un modelo garantista, de corte acusatorio y oral, con características específicas, diversos instrumentos, principios y preceptos jurídicos, con base en el respeto a los derechos humanos, para tratar de consolidar, gradualmente, nuestra cultura y tradición jurídica, el impulso de la justicia alternativa y promover una efectiva reparación del daño, en aras del combate al fenómeno delictivo; instauró la prisión preventiva oficiosa para determinados delitos, un catálogo de delitos que fue ampliado con la reforma constitucional que tuvo lugar en abril de 2019.

Así, la prisión preventiva oficiosa es declarada como una medida cautelar para hacer frente al fenómeno delictivo. Al analizar el proceso legislativo, sobre todo la justificación en la exposición de motivos, de la reforma constitucional de 2008, se puede identificar qué tan sólida es la argumentación que se utiliza, qué tipo de argumentos se usan, saber si son una importación legislativa con los mismos argumentos planteados en otros países, indagar si atienden a las tendencias internacionales que hoy se imponen, identificar las bases o las características de la política criminal que se emprende, pero sobre todo, este análisis nos permite sacar a la luz los

¹ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio del 2008, que recae en los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 73 en sus fracciones XXI y XXIII, 115 en sus fracciones VII y artículo 123 fracción XIII del apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

intereses a los que, de manera manifiesta, dice responder la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa, e incluso se puede alcanzar a ver bajo qué visión del mundo o paradigma se fija esta medida cautelar.

Al examinar el contenido y la exposición de motivos de las iniciativas de reforma constitucional de 2008, podemos observar que, en general, todas estas iniciativas convergen en proponer todo lo que se requiere para el nuevo paradigma. Y en cuanto a la prisión preventiva, se sugiere que ésta, como medida cautelar, es la más drástica y, por ende, ya no debe ser empleada como regla, pues afecta al imputado, afecta su entorno social más cercano y vulnera diversas garantías, por lo que sólo debe aplicarse cuando se estime estrictamente necesario. Existe un catálogo de delitos donde la prisión preventiva se sugiere que se aplique en todos los casos, es decir, que tome lugar la prisión preventiva oficiosa.² Hoy, el artículo 19 constitucional, segundo párrafo, establece:

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 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.³

Resulta deficiente el intento de plantear una justificación y motivación para el establecimiento de la prisión preventiva oficiosa; se prevé que el juez la aplique si el ministerio público logra acreditar, en audiencia, las condiciones exigidas para vincular a proceso por los delitos

² “Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (proceso legislativo) (18 de junio de 2008)”, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información, Cuaderno de Apoyo, SAD-07-08, junio, 2008, México, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf> Consultado el 4 de junio de 2022, pp. 117-118.

³ Véase *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Constitución publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, Texto Vigente, Última reforma publicada DOF 28-05-2021, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> Consultado el 28 de junio de 2022, p. 21.

establecidos;⁴ este nuevo diseño planteado sobre prisión preventiva oficiosa es declarado acorde con el principio de presunción de inocencia, pero a la vez se reconoce la existencia de la antinomia consistente en afectar los derechos de las personas al someterlas a prisión preventiva, sin haber derrotado con anterioridad su presunción de inocencia en un juicio en el que se respeten todas las garantías del debido proceso; pero expresamente, en el proceso legislativo se dice que se trata de una antinomia inevitable: “La antinomia es de por sí insalvable, pero para paliarla en alguna medida se prevé que la procedencia de tales afectaciones sea excepcional”.⁵ En el propio proceso legislativo se evidencian las contradicciones de la prisión preventiva oficiosa, y para aproximarnos a develar los intereses a los que realmente responde la misma, es preciso estudiar el contexto mundial y regional en que se inscribe, es decir, el marco de poder actual.

III. Su ubicación en el aquí y el ahora: el actual momento de poder

Es preciso evidenciar el marco de poder actual, mundial y regional, bajo el que estamos en pleno siglo XXI y en el que se desarrolla tanto la sociedad actual como el derecho y sus institutos, dentro de los cuales se encuentra la prisión preventiva oficiosa. Este análisis da cuenta de la realidad actual y nos permite identificar los intereses y las funciones a las que verdaderamente responde la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa.

La realidad actual es que estamos en presencia de un totalitarismo, que como bien dice Zaffaroni⁶, es entendido como aquello que queda al descubrir, es decir, al quitarle la máscara al neoliberalismo. Este último se constituye en una ideología encubridora que implica una promesa de un paraíso futuro, pero detrás se oculta el ejercicio de poder de las grandes *transnacionales*. “Y lo cierto es que, cuando se quita la máscara carnavalesca del neoliberalismo, queda el descubierto rostro macilento y ajado de un viejo conocido: el totalitarismo. En este caso armado del poder financiero, es decir, un totalitarismo financiero. Solo en este nivel se alcanza a tocar la realidad del poder mundial y regional”.⁷

⁴ “Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (proceso legislativo) (18 de junio de 2008)”, *op. cit.*, p. 136.

⁵ *Ibidem*, p. 135.

⁶ Véase ZAFFARONI, E. Raúl, “¿Neoliberalismo o totalitarismo financiero?”, *Viento Sur*, Revista de la Universidad Nacional de Lanús, Opinión, 16 de julio, Núm. 19, UNLa, Buenos Aires, 2019, disponible en: <http://vientosur.unla.edu.ar/index.php/neoliberalismo-o-totalitarismo-financiero/> Consultado el 22 de mayo del 2022.

⁷ *Idem*.

En *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*⁸, Zaffaroni y Dias dos Santos plantean que, el marco de poder actual está protagonizado por un totalitarismo financiero planetario, que instaaura un programa de concentración ilimitada de riqueza; caracterizado por la hipertrofia del aparato financiero con relación al productivo. De manera similar, Christian Marazzi afirma que, “Estamos así en un período histórico en el que el elemento financiero es consustancial a toda la producción de bienes y servicios”.⁹

Raúl Zaffaroni y Ílson Dias dos Santos evidencian que este poder resguarda una ideología totalitaria, con pretensión de erigir una ciencia única y pura, basada en la idolatría del mercado y del poder punitivo; ideología que se presenta como neoliberal pero que encubre un poder totalitario, colonizador; poder que establece sociedades con un porcentaje mínimo de incluidos y la mayor parte de excluidos: la sociedad 30/70; un poder político y económico que afecta a países latinoamericanos con un colonialismo, pero esta vez en una fase avanzada: *tardocolonialismo*, que busca dejar a nuestros países en el subdesarrollo permanentemente;¹⁰ un poder que somete a los Estados y vacía la política, en términos de soberanía: los Estados ya no son los que toman las decisiones estructurales para su población, ahora toman las decisiones quienes están al frente de las corporaciones transnacionales; autócratas que someten a los Estados y los reducen a cumplir con el sistema establecido; los autores hablan de un poder mediático con características específicas, medios comunicacionales que hoy pertenecen al totalitarismo financiero. Esto deriva en la criminología mediática actual, que fija su atención en los excluidos estructurales, en los opositores y *molestos*, que propone extrema prevención, tolerancia cero, vigilancia y control tecnológico, así como un programa totalitario y un monopolio mediático que difunde desprecio por la política y crea al *enemigo* que habrá de justificar la guerra contra la delincuencia; para estos autores, es un poder de naturaleza delictiva, pues sus operadores realizan conductas que encuadran en tipos penales, donde la humanidad y el medio ambiente sufren terribles daños; para el totalitarismo financiero, el poder punitivo es elemento esencial porque permite controlar a las sociedades, y es que a su modelo excluyente le interesa contener la desviación para no atentarse contra la funcionalidad del sistema; sin dejar de lado la

⁸ Véase ZAFFARONI, E. Raúl y DIAS DOS SANTOS, Ílson, *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*, El Siglo, Quito, 2019.

⁹ MARAZZI, Christian, La violencia del capitalismo financiero, en FUMAGALLI, Andrea, LUCARELLI, Stefano, MARAZZI, Christian, MEZZADRA, Sandro, NEGRI, Antonio, VERCELLONI, Carlo, *La gran crisis de la economía global. Mercados financieros, luchas sociales y nuevos escenarios políticos*, Traficantes de sueños, Madrid, 2009, p. 30.

¹⁰ ZAFFARONI, E. Raúl y DIAS DOS SANTOS, Ílson, *op. cit.*, p. 58.

actual criminalización. Con palabras de Zaffaroni y Dias dos Santos: “En síntesis: la criminalización secundaria no recae ahora sólo sobre los excluidos, sino que también se observa la marcada tendencia a la criminalización de opositores políticos y disidentes”,¹¹ recae sobre jueces y policías con características propias del momento de poder actual; se apuesta por la represión aunque llegue a genocidio, destrucción masiva, crímenes contra la humanidad, difusión de ideas que quieren al delincuente muerto: *política criminal del horror*.¹²

Luigi Ferrajoli identifica este poder político y económico en *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*,¹³ donde examina *la crisis por arriba de la democracia política y la crisis por abajo de la democracia política*. Conflictos de intereses con relación al Estado; las instituciones; el papel de los partidos políticos; el control y la manipulación de la información; denigración del disidente y del diferente; despolitización masiva y crisis de la participación política: estos son puntos centrales en los que Ferrajoli encuentra la injerencia de los *poderes salvajes*.

Lo que en la actualidad se observa es algo que Alesandro Baratta ya ratificó, al sostener que el crimen en realidad se convierte en una cuestión política a partir de que quienes detentan el poder tienen a su vez el poder de la definición: “*La criminalidad es un status social que le es atribuido a cualquier persona por quien tiene en sus manos el poder de definición*”.¹⁴

Con base en los planteamientos de Zaffaroni y Dias dos Santos, México se encuentra hoy bajo un *tardocolonialismo*: una colonización pero esta vez en su fase avanzada, donde los agentes ejecutivos del actual poder global financiero son quienes toman las decisiones importantes sobre la cuestión política, económica y, sin duda, sobre la cuestión criminal: “...la cuestión criminal siempre fue un tema central para quienes ejercieron o disputaron el poder...”;¹⁵ estos agentes cometen crímenes de gran magnitud, reconfiguran la política general del Estado y su política criminal, llegando así a derivar en un derecho penal y un sistema de justicia penal que, en el marco de poder actual, responden a funciones distintas de las declaradas.

¹¹ *Ibidem*, p. 146.

¹² *Ibidem*, p. 120.

¹³ Véase FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011.

¹⁴ BARATTA, Alessandro, *Criminología y sistema penal*, compilación in memoriam, colección criminológica, No. 1, B de F, Uruguay, 2004, p. 258.

¹⁵ ZAFFARONI, E. Raúl. *La cuestión criminal*, Planeta, 2ª ed., Buenos Aires, 2012, p. 122

En *La alternativa de la justicia restaurativa*,¹⁶ Godínez Elisa sostiene que, en México existe una sistemática violación de derechos humanos y una descomposición del sistema judicial así como de su propio sistema carcelario; el sistema judicial mexicano es desigual e injusto, donde no tener recursos económicos es igual a ser excluido y no tener acceso a la justicia; la autora pone de relieve el desprestigio y la ineficacia de las policías, así como la violación de derechos humanos por parte de policías, Ministerios Públicos, el Ejército y la Marina; Godínez Elisa observa que en México las cárceles no reinserían a la sociedad al detenido y destaca la complicidad autoridad-criminal, la gran cantidad de presos sin sentencia, la sobrepoblación, el abuso de la prisión preventiva, el incremento de la comisión de delitos de narcotráfico y de crimen organizado, sin dejar de lado el proceso judicial que considera lento y sin alternativas. Para esta autora, el crimen organizado tiene una clara relación con la corrupción, y esta última se encuentra en todos los niveles de autoridad; afirma que en nuestro país resalta la justicia por mano propia, existe más individualización y menos socialización, esto produce y reproduce las violencias. “En México, la injusticia y la impunidad son dos formas de violencia perpetradas o solapadas por el Estado”.¹⁷

IV. Intereses a los que realmente responde la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa

El hecho de establecer y después aumentar la prisión preventiva oficiosa ha derivado en diversos debates, análisis y estudios, donde se plantean preguntas con referencia a si es o no es válido que dicha medida cautelar se imponga de manera oficiosa, si va o no va en contra del espíritu que impulsó la implementación del sistema penal acusatorio, si contradice o no nuestra Constitución, si su aplicación es o no es violatoria de derechos humanos, entre muchos cuestionamientos más. Visto ya, en el apartado 1, lo referente a los intereses a los que se declara responde la prisión preventiva oficiosa, y expuesto, en el apartado 2, el contexto mundial y regional, en términos de poder, en que se desenvuelve, es decir, su ubicación en el aquí y el ahora, en este apartado se indagan los intereses a lo que realmente responde la prisión preventiva oficiosa.

¹⁶ Véase GODÍNEZ, Elisa, “La alternativa de la justicia restaurativa”, en BECK, Humberto, LEMUS, Rafael (Eds.), *El futuro es hoy. Ideas radicales para México*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2018, pp. 205-227.

¹⁷ *Ibidem*, p. 207.

Derivado del análisis previo, podemos afirmar que la prisión preventiva oficiosa responde realmente a los intereses del poder político y económico imperante, es decir, al totalitarismo financiero, al *tardocolonialismo*, a los *poderes salvajes*. No es nuevo el hecho de afirmar y demostrar que las figuras jurídicas, instituciones, el sistema penal y el propio derecho penal, nacen bajo los intereses y la visión del mundo del poder político y económico que impera en cierta época histórica: los trabajos académicos de teoría crítica, sociología jurídico-penal y de criminología crítica lo han argumentado muy bien, incluso han hecho lo propio las posturas abolicionistas del sistema penal.

Al poder político y económico que impera actualmente le son funcionales el impulso de la venganza, la fabricación del *enemigo*, la creación y reproducción de criminalidad, la prisionización innecesaria, la prisionización masiva, las políticas sobre criminalidad que apuestan por la represión y, sin duda, le es funcional también la prisión preventiva oficiosa. Todo esto para seguir bajo una sociedad de *incluidos* y *excluidos*, con un programa de concentración ilimitada de riqueza y con la fe puesta en el mercado y en el poder punitivo, o sea, para el mantenimiento del poder imperante y de la actual estructura social global. Tómese en cuenta que el control social punitivo cuenta hoy con uno de sus elementos más importantes: el poder mediático, que crea realidad y deriva en criminología mediática, algo que no es nuevo pero que se actualiza esta vez con más fuerza debido a un avance científico y tecnológico sin precedentes.

Esto se puede comprender si atendemos las reflexiones de Foucault: “Debemos cesar de una vez por todas de describir los efectos del poder en términos negativos: «excluye», «reprime», «censura», «separa», «disfraz», «encubre». De hecho, el poder produce; produce realidad; produce ámbitos de objetos y rituales de verdad”¹⁸.

En México se produce, reproduce e impulsa la venganza, respecto a los comportamientos que se consideran *desviados*, al grado de que las mismas personas sobre las que recae el poder punitivo excluyente son quienes exigen más poder punitivo, por considerar que eso dará soluciones a dichos comportamientos *desviados*. La venganza hacia comportamientos *desviados*, en México como en América Latina, se alimenta con la violencia que se vive todos los días.

¹⁸ FOUCAULT (*Discipline and Punish*), cit. por: COHEN, Stanley, *Visiones de control social*, Colección: El Sistema Penal, PPU, Barcelona, 1988.

Para hablar de violencia, de venganza, de la producción y reproducción de criminalidad, se debe contemplar la actividad del crimen organizado. Es un tema muy bien examinado por Elena Azaola, que da cuenta del reclutamiento de niñas, niños y adolescentes por parte del crimen organizado en México: personas que a temprana edad son incorporados con facilidad a organizaciones criminales debido a que durante toda su vida sufrieron violencia, desintegración familiar, entre muchas situaciones más, al punto de lograr la introyección de *no ser nadie para nadie*, lo cual es aprovechado por el crimen organizado, ofreciéndoles *ser alguien*, pero en realidad son utilizados para la producción y reproducción de violencia y de criminalidad, y al final, a su corta edad, se encuentran en conflicto con la ley penal.¹⁹

Como bien argumentan Zaffaroni y Dias dos Santos, le es tan funcional la criminalidad al totalitarismo financiero en nuestra región que hasta se ejerce poder punitivo sin delito, lo cual se acredita de diferentes formas en países latinoamericanos, donde destacan la prisión preventiva en sus diferentes expresiones y por diferentes motivos, y la prisionización masiva.²⁰ Esto resulta en una prisionización innecesaria que se busca incrementar para producir criminalidad y fabricar delincuentes. A juicio de Zaffaroni, aproximadamente el 70% de los presos en los países latinoamericanos no han sido condenados, sino que son sometidos a medidas cautelares: prisión preventiva, y por supuesto, a la prisión preventiva oficiosa; entre el 20% y el 25% será absuelto o caerá en el supuesto de sobreseimiento: una privación de la libertad por nada y para nada; para el autor, en nuestra región se esconde la pena sin condena como medida cautelar, y este último término se utiliza como eufemismo (lo cual se demuestra en el análisis de los intereses declarados que se hizo en el primer apartado de estos escritos), pero que en realidad resguarda un lenguaje encubridor propio del poder punitivo inquisitorial, resguarda *peligrosidad* vista en épocas anteriores. “Las tasas de prisionización latinoamericanas no varían por las penas previstas en los códigos penales, sino por las disposiciones procesales que amplían o limitan la prisión preventiva”.²¹

Operadores jurídicos reproducen la ideología y las prácticas del actual momento de poder: buscan concentrar riqueza, se apropian de los postulados establecidos por la criminología

¹⁹ Véase el análisis que hace Elena Azaola sobre niños, niñas y adolescentes y su relación con el crimen organizado, así como sus postulados acerca de jóvenes en conflicto con la ley penal, en: DOCUMENTAL. “*No ser nadie para nadie*”, UNODOC. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Creado en México, 2018.

²⁰ ZAFFARONI y DIAS DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 118.

²¹ ZAFFARONI, *op. cit.*, 2012, p. 313.

mediática, tienen una visión individualista y, por esto y más, es por lo que dejan de lado el cumplimiento de las funciones manifiestas del sistema de justicia penal. Esto deriva, en México, en reproducción ideológica y prácticas contrarias al nuevo paradigma erigido después de la 2da Guerra Mundial, es decir, un modelo con base en los derechos humanos y sus garantías.

La prisión preventiva oficiosa no cumple la función que declara porque la prisión en general no previene el delito, ni reinserta a la sociedad al detenido, sino que produce criminalidad, inicia carreras criminales: cuestión ya analizada y comprobada por diversas obras hechas desde la perspectiva de la criminología crítica y desde la de la sociología jurídico-penal, lo cual se verifica en México y a nivel mundial. “La conclusión es clara: el mayor uso de la prisión no tiene efecto preventivo de los homicidios, y cabe sospechar que tiene un efecto contrario”.²²

Esto nos lleva a hacer afirmaciones importantes, y es que si hoy el ejercicio del poder punitivo está dirigido a los actuales *enemigos*: jóvenes de barrios precarios, ciertos jueces, disidentes, políticos *corruptos*, migrantes, etcétera, es válido afirmar que estos mismos *enemigos* son sobre los que recae la prisión preventiva oficiosa. “El fuerte movimiento a favor de la prisionización masiva de adolescentes que cunde por la región expresa como objetivo manifiesto la prevención de la violencia, pero su función latente es la de fabricar criminales desde etapas más prematuras”.²³

En México se han hecho diversas investigaciones sobre prisión preventiva oficiosa: para unos es viable que se establezcan en la normativa mexicana delitos que ameriten este tipo de prisión, para otros implica violación a los derechos humanos, y otros autores se enfocan más en la transgresión que se da a la jurisdicción del juez. Antonio Salcedo Flores, en *El sistema procesal penal acusatorio mexicano. Formalidades y realidades*,²⁴ sostiene que la Constitución y su reglamentación instalan un nuevo marco jurídico que es acusatorio y oral, cuya regulación es establecida por principios rectores, es decir, plantea lo que aquí ubicamos en el terreno de lo manifiesto en el apartado 1. Sin embargo, en el terreno de lo latente, señala el autor que hoy los acusadores deciden a quién se debe juzgar y a quién no, por qué delito y cuándo, lo que hace que incremente la corrupción, la impunidad, la ineficacia y la incidencia delictiva: procesados y víctimas del delito son perjudicados por la simulación de una negociación con el Ministerio Público, que en realidad

²² *Ibidem*, p. 311.

²³ *Ibidem*, p. 319.

²⁴ Véase SALCEDO FLORES, Antonio, “El sistema procesal penal acusatorio mexicano. Formalidades y realidades”, *Alegatos*, Revista de la UAM-A, México, Núm. 94, septiembre-diciembre, 2016, pp. 603-624.

es una extorsión, una tortura y sometimiento para confesar y aceptar las condiciones que él impone.²⁵ Vemos que el sistema de justicia penal en México, en lugar de prevenir el delito, cumple la función latente de producir criminalidad, y que en realidad no importan los medios, sean legales o ilegales, pero se busca que más personas se encuentren bajo prisión preventiva oficiosa.

En *La prisión preventiva oficiosa es un crimen de lesa humanidad*,²⁶ Antonio Salcedo Flores argumenta que, la medida tomada que incorpora y después aumenta la lista de delitos a los que se les impone la prisión preventiva oficiosa, derivada de reformar el artículo 19 de la Constitución mexicana, está prohibida por la propia Constitución y por diversos instrumentos internacionales, además trae como consecuencia la encarcelación sistemática y generalizada, otras privaciones graves de libertad física, y trasgrede normas fundamentales establecidas en derecho internacional, pero sobre todo, actualiza el tipo de *crímenes de lesa humanidad*. En *La prisión preventiva oficiosa y la tortura. Dos flagelos nacionales actuales*,²⁷ Antonio Salcedo Flores refuerza sus postulados anteriores, al decir que expertos nacionales e internacionales tienen al menos un punto en común: advertir que en México se violan los derechos humanos de manera generalizada y de forma sistemática, y pone de relieve que hay muchas voces autorizadas que insisten en que el Estado mexicano derogue la prisión preventiva oficiosa, debido a que, aseguran, es gravemente violatoria de los derechos humanos, así como de varios tratados internacionales que nuestro país ha firmado. “La prisión preventiva oficiosa se mantiene, y en febrero de 2021 se aumentó en nueve leyes federales más”.²⁸

Esto se relaciona perfectamente con lo sostenido por Nils Christie: “Los sistemas penales contienen profundos mensajes. Transmiten información sobre características centrales de los Estados que representan”.²⁹ Podemos ver las características del Estado mexicano a través de su sistema de justicia penal, en el terreno de lo teórico y en el de lo práctico: podemos observar un aumento del ejercicio del poder punitivo a través del establecimiento y el aumento de la

²⁵ *Ibidem*, p. 606.

²⁶ Véase SALCEDO FLORES, Antonio, “La prisión preventiva oficiosa es un crimen de lesa humanidad”. *Alegatos*, Revista de la UAM-A, México, Núm. 102-103, mayo-agosto/septiembre-diciembre, 2019, pp. 239-264.

²⁷ Véase SALCEDO FLORES, Antonio, “La prisión preventiva oficiosa y la tortura. Dos flagelos nacionales actuales”, *Alegatos*, Revista de la UAM-A, México, Núm. 107, enero-abril, 2021, pp. 97-125.

²⁸ *Ibidem*, p. 97.

²⁹ CHRISTIE, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 151.

prisión preventiva oficiosa; se puede analizar su política criminal, su derecho penal y ver la concepción del delito y del delincuente que se tiene.

La clase dominante, señala Alessandro Baratta, está interesada en contener la desviación para no atentar contra la funcionalidad e intereses del sistema económico-social; mantener la hegemonía en el proceso selectivo de definición y persecución de la criminalidad.³⁰ Para el autor, existen zonas socialmente nocivas y, además, inmunes al proceso de criminalización y de una penalización efectiva: criminalidad económica, atentados contra el medio ambiente, criminalidad política de los detentadores del poder. Esto resulta en un daño social de enorme magnitud.³¹

V. Conclusiones

El Estado mexicano, en lo formal, instituye un sistema penal acusatorio y oral, con base en los derechos humanos y sus garantías, en la prevención del delito y en la eliminación o reducción de la criminalidad; mientras que, en el terreno de las realidades, no sólo no se cumplen las funciones declaradas, sino que se cumplen funciones contrarias, por parte de las instituciones y de los operadores jurídicos del sistema de justicia penal, a través de diversos mecanismos, herramientas procesales o figuras jurídicas.

Si la reforma constitucional de 2008 se llevó a cabo porque, como bien señala la propia exposición de motivos, era necesario un cambio estructural e integral en el sistema de justicia penal, debido a la falta de un sistema garantista, por violación a derechos humanos, debido a la corrupción, violencia, impunidad, injusticias, personas inocentes en prisión, por la incapacidad de operadores jurídicos, ¿qué nos hace pensar que con la reforma ahora ya es diferente? En el mundo del *deber ser*, esta reforma es un avance importante para evolucionar a un sistema garantista, sin embargo, en el mundo del *ser*, ¿qué nos hace pensar que con la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa será diferente? Le tenemos mucha fe a las reformas, y es que reformar la Constitución es como un ritual que refuerza nuestra fe en el derecho, pero que se queda en el *deber ser* que no es.

³⁰ BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Siglo XXI, Argentina, 2004, p. 209.

³¹ *Ibidem*, p. 210.

Lo grave está en apostar por la prisión preventiva oficiosa como si nuestro sistema de justicia penal sometiera a proceso sólo a personas que realmente cometieron estos delitos, como si no hubiera presos inocentes, como si los operadores jurídicos no tergiversaran la naturaleza de las figuras jurídicas o instituciones, como si no se seleccionara sólo a los excluidos, a la pobreza, como si el poder punitivo recayera sobre las personas por igual, como si el sistema de justicia penal cumpliera la función que declara, como si las cárceles respetaran derechos humanos y realmente reinsertaran a la sociedad a las personas privadas de su libertad.

Si la prisión preventiva oficiosa ha logrado implementarse en la Constitución, si hay personas que están convencidas de que es lo mejor y de que el fenómeno delictivo se enfrenta con el aumento del ejercicio del poder punitivo, si se opta por la venganza en lugar de la reparación del daño, si se busca emprender una guerra contra el *enemigo* creado hoy, si la población reproduce la ideología de querer a todo delincuente privado de su libertad e incluso muerto, entonces el poder político y económico imperante cumple muy bien con sus objetivos, con su programa, y mantiene vigente su visión del mundo.

Se necesita analizar más a fondo antes de tomar la postura de que la prisión preventiva oficiosa es una muy buena medida cautelar para combatir el fenómeno delictivo, se necesita una visión no reduccionista, sino más bien interdisciplinaria y sensible al contexto mundial y regional actual con relación al poder político y económico imperante.

La prisión preventiva oficiosa responde a intereses del totalitarismo financiero, del *tardocolonialismo*, de los factores reales de poder, de los *poderes salvajes*, esto en el marco de poder actual. La prisionización masiva, la criminalidad y la prisión preventiva oficiosa son funcionales al actual momento de poder, porque ayudan a reproducir el sistema, porque se convierten en oportunidades de negocio, porque se configura control social, porque, como señala Fernando Tenorio Tagle, la cárcel nació para el gobierno de la pobreza: la cárcel hace muy bien su trabajo.

Saber a qué intereses realmente responde la instauración y el aumento de la prisión preventiva oficiosa es el punto de partida para analizar y decidir qué hacer ante esta situación. La solución real frente al fenómeno delictivo no está en hacer sólo reformas ni está en el aumento del ejercicio del poder punitivo, se encuentra en otro lado, nos toca investigar en dónde.

Es preciso ir en busca de responder, como plantea Tenorio Tagle, ¿por qué sucede lo que sucede? Para esto hay que dialogar con distintas disciplinas, como la sociología, la antropología, la epistemología, e incluso con la estética.

Investiguemos la cuestión criminal, a nivel mundial y regional, desde diferentes perspectivas.

VI. Fuentes de consulta

Bibliográficas

BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Siglo XXI, Argentina, 2004.

BARATTA, Alessandro, *Criminología y sistema penal*, compilación in memoriam, colección criminológica, No. 1, B de F, Uruguay, 2004.

CHRISTIE, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

COHEN, Stanley, *Visiones de control social*, Colección: El Sistema Penal, PPU, Barcelona, 1988.

FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011.

GODÍNEZ, Elisa. La alternativa de la justicia restaurativa, en BECK, Humberto, LEMUS, Rafael (Eds.), *El futuro es hoy. Ideas radicales para México*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2018, pp. 205-227.

MARAZZI, Christian, La violencia del capitalismo financiero, en FUMAGALLI, Andrea, LUCARELLI, Stefano, MARAZZI, Christian, MEZZADRA, Sandro, NEGRI, Antonio, VERCELLONI, Carlo, *La gran crisis de la economía global. Mercados financieros, luchas sociales y nuevos escenarios políticos*, Traficantes de sueños, Madrid, 2009.

SALCEDO FLORES, Antonio, “El sistema procesal penal acusatorio mexicano. Formalidades y realidades”, *Alegatos*, Revista de la UAM-A, México, Núm. 94, septiembre-diciembre, 2016, pp. 603-624.

SALCEDO FLORES, Antonio, “La prisión preventiva oficiosa es un crimen de lesa humanidad”. *Alegatos*, Revista de la UAM-A, México, Núm. 102-103, mayo-agosto/septiembre-diciembre, 2019, pp. 239-264.

SALCEDO FLORES, Antonio, “La prisión preventiva oficiosa y la tortura. Dos flagelos nacionales actuales”, *Alegatos*, Revista de la UAM-A, México, Núm. 107, enero-abril, 2021, pp. 97-125.

ZAFFARONI, E. Raúl y DIAS DOS SANTOS, Ílison, *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*, El Siglo, Quito, 2019.

ZAFFARONI, E. Raúl, *La cuestión criminal*, Planeta, 2ª ed., Buenos Aires, 2012.

Electrónicas

“Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (proceso legislativo) (18 de junio de 2008)”, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información, Cuaderno de Apoyo, SAD-07-08, junio, 2008, México, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf> Consultado el 4 de junio de 2022.

ZAFFARONI, E. Raúl, “¿Neoliberalismo o totalitarismo financiero?”, *Viento Sur*, Revista de la Universidad Nacional de Lanús, Opinión, 16 de julio, Núm. 19, UNLa, Buenos Aires, 2019, disponible en: <http://vientosur.unla.edu.ar/index.php/neoliberalismo-o-totalitarismo-financiero/> Consultado el 22 de mayo del 2022.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, Texto Vigente, Última reforma publicada DOF 28-05-2021, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> Consultado el 28 de junio de 2022.

Otras fuentes

DOCUMENTAL. “*No ser nadie para nadie*”, UNODOC. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Creado en México, 2018.