

LOS DERECHOS HUMANOS, LA PRISIÓN PREVENTIVA Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

HUMAN RIGHTS, PREVENTIVE PRISON AND THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY IN THE CONSTITUTIONAL TEXT

José de Jesús AGUILAR CARRASCO
aguilar_accacorporativo@hotmail.com
Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, UATx
<https://orcid.org/0009-0001-4598-1370>

Fecha de recepción: 18 de enero de 2024

Fecha de aceptación: 26 de junio de 2024

Resumen:

El cambio de paradigma en el Derecho Constitucional Mexicano, a la luz de la reforma al artículo 1º de la Ley Fundamental, no solo re estructuró la manera de ver, analizar y resolver respecto del respeto y reconocimiento de los Derechos Humanos, sin embargo, ese cambio no guarda relación estricta con las disposiciones contenidas en los artículos 1, 16, 18, 19 y 20 Constitucionales, mucho menos si tenemos en consideración la aplicación de leyes penales especiales, en donde con el ánimo de tropicalizar una teoría radical como lo es, el derecho penal del enemigo, se contradice el máximo postulado del Constitucionalismo Mexicano moderno como lo son los Derechos Humanos. Entonces surgen las preguntas ¿Los Derechos humanos se encuentran realmente protegidos por mecanismos de garantía eficaces en nuestro país? ¿Por qué y pese a la Jurisprudencia con carácter vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en nuestro país, se sigue hablando de prisión preventiva? ¿Sigue siendo el derecho penal moderno, una forma de control de la sociedad moderna?

Habrá que considerar que categorizar de manera independiente a quienes cometen un delito y a quienes no, atenta contra la dignidad humana y contra los principios que rigen a los Derechos Humanos.

Summary:

The paradigm shift in Mexican Constitutional Law, in light of the reform to article 1 of the Fundamental Law, not only restructured the way of seeing, analyzing and resolving regarding the respect and recognition of Human Rights, however, that The change is not strictly related to the provisions contained in articles 1, 16, 18, 19 and 20 of the Constitution, much less if we take into consideration the application of special criminal

laws, where with the aim of tropicalizing a radical theory such as it is, the criminal law of the enemy, the maximum postulate of modern Mexican Constitutionalism such as Human Rights is contradicted. Then the questions arise: Are human rights really protected by effective guarantee mechanisms in our country? Why, despite the binding jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, in our country, is there still talk of preventive detention? Is modern criminal law still a form of control of modern society?

It will be necessary to consider that independently categorizing those who commit a crime and those who do not, violates human dignity and the principles that govern Human Rights.

Palabras clave: Constitución, Derechos Humanos, enemigo, derecho penal.

Keywords: Constitution, Human Rights, enemy, criminal Law.

I. Introducción

Colocándonos en la temporalidad necesaria para los comentarios que habrán de verse en el presente trabajo, y yendo en retrospectiva, la Reforma Constitucional de la que fue objeto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el 10 de junio de 2011, generó un cambio de paradigma en el sistema jurídico mexicano para lograr una conceptualización distinta de este tema en particular, haciendo una diferencia entre lo que hasta ese momento la Constitución reconocía como Garantías Individuales y los llamados Derechos Humanos. En este sentido, un Estado constitucional y democrático de Derecho, es el único que puede garantizar la aceptación de la protección de los Derechos Humanos de sus gobernados, no solo a la luz de las disposiciones de Derecho interno que rijan en estos países, sino de aquellos que en el contexto internacional hayan sido reconocidos para la protección de los individuos que habitan en todo el orbe.

La tiranía, la arbitrariedad y la dictadura, no son formas de gobierno que permitan la implementación de los Derechos Humanos, lejos de ello son contrarios a su esencia violenta y determinante, debido a que anteponen el interés Estatal por encima de los derechos y libertades de quienes constituyen el conglomerado social. Esto no es así en el Estado democrático, que es la aspiración a la que nos debemos conducir como país; aspiración que se debe ver reflejada en

la Ley Fundamental, porque allí se establece el compromiso de cambio social a través del Derecho.¹

Tres años más tarde, es decir, en junio de 2008, la Constitución Mexicana fue modificada en sus artículos 14, 16, 17, 18, 20 y 21, para dar lugar a la creación e implementación del Sistema Penal de Corte Acusatorio y Adversarial, que dejaba atrás un sistema inquisitivo que durante décadas había sido catalogado como ineficaz, corrupto y precisamente violatorio de principios como el debido proceso o la presunción de inocencia, transitando en esta época por procesos tortuosos, largos y francamente inentendibles a la luz de enormes expedientes que conformaban las causas penales de los imputados.

Pues bien, estas dos épocas de reformas de la Constitución Mexicana, cada una en su ámbito de aplicación, desde luego que han generado avances significativos que al tiempo no pueden negarse, sin embargo se han encontrado en el camino, con algunas imprecisiones por no decir, contradicciones entre las disposiciones que permiten la existencia de este sistema penal acusatorio y el reconocimiento a nivel de Ley Fundamental, de los Derechos Humanos, e incluso es de advertirse la existencia y convivencia de dos teorías diametralmente opuestas, por una parte el paradigma de los Derechos Humanos y por la otra, el del derecho penal del enemigo resultante de un funcionalismo radical, que si bien no se encuentra expresado de manera literal en el texto Constitucional, si encuentra su aplicación en las políticas criminales de los preceptos que a continuación analizaremos.

II. Perspectiva de análisis de los Derechos Humanos en el artículo 1º constitucional

La reforma al artículo 1º de la Constitución Mexicana en materia de Derechos Humanos, no es producto de la casualidad, sino del tránsito de tiempo y eventos en los que el Estado Mexicano fue evidenciado por su actuar en contra de los Derechos Fundamentales, dando pie a casos paradigmáticos como “Radilla Pacheco”² ó “Campo Algodonero”³ previos a la Reforma en los que se advierte este comportamiento contumaz de México en contra de los más elementales

¹ NIEMBRO ORTEGA, Roberto, *La Argumentación Constitucional de la Suprema Corte, a diez años de la Reforma en Derechos Humanos*, México, UNAM, IJ, 2021, p XX.

² Consultado en: <https://www.cndh.org.mx/documento/caso-radilla-pacheco-vs-mexico>

³ Consultado en: https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=347&lang=e

efectos protectores en favor de los individuos, y en forma alguna estos casos influyeron o cerraron la pinza para concretar la modificación del texto constitucional.

Dejar atrás el solo reconocimiento de las “garantías individuales” para transitar a establecer criterios en donde ya no solo aplica el Derecho Interno sino también las disposiciones en materia de derecho internacional, o en su caso admitir determinaciones que beneficien más al individuo sin importar si se trata de una determinación de texto constitucional o convencional, forman parte de ese paradigma que no solo se queda en la letra de la Ley, sino que impacta de manera importante los criterios de la Suprema Corte de Justicia generando con ello el pase de hoja de la novena a la décima época de su Jurisprudencia.

La parte fundamental, en todo caso de esta reforma es nada más y nada menos que “el individuo”, “la persona”, “el ser humano”, y con ello se lleva implícito el hecho de que por sobre todos los criterios legales o jurisprudenciales, será la dignidad de la persona, su libre desarrollo de la personalidad, su libertad, entre otros, los objetivos fundamentales de protección del sistema jurídico mexicano, hecho que en apariencia y en principio de cuentas, no pudiera existir obstáculo alguno o desacuerdo afecte este reconocimiento y protección, pues incluso será obligación⁴ -así lo dice el texto constitucional- de todas las autoridades del país, sin importar el nivel o el poder al que pertenezcan, su resguardo y cobijo.

Sin embargo, a la luz de la aplicación diaria y constante del Derecho, comienzan a surgir algunas alertas que no necesariamente se constriñen a respetar estos postulados, máxime cuando el tema a tratar es el Derecho Penal, es entonces donde comenzamos a advertir ciertas alertas de que no necesariamente se cumple a cabalidad la determinación del artículo 1º de la Carta Magna, en especial, cuando se trata de prisión preventiva o peor aun cuando se trata de incluir de manera muy discreta conceptos que contradicen en su totalidad al respeto de los Derechos Humanos.

III. La prisión preventiva en México

Hay que recordar que la “prisión preventiva” no es un tema que sea particular o propio del Sistema Penal actual, sino que desde la vigencia del sistema inquisitorio, esta figura formaba parte del proceso penal, tal como lo es ahora, como una medida cautelar, solo que en el sistema

⁴ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artículo 1º.

inquisitorio, a diferencia de lo que ocurre hoy en día, esa medida cautelar era la única reconocida por los códigos procesales en el país, y entonces cuando una persona era puesta a disposición de Juez Penal, debían revisarse varias hipótesis. Por una parte, advertir si el proceso se trataba de un delito calificado como la ley adjetiva como grave, o no grave. En caso de ser grave, entonces la legislación no proporcionaba otra opción que la de aplicar la prisión preventiva durante todo el tiempo que durara el proceso penal, sin embargo si se trataba de un delito que no fuera calificado como grave, el indiciado tenía la posibilidad de depositar la denominada “caución” que no era otra cosa más que una garantía económica para poder gozar de su libertad y seguir su proceso en libertad, por lo que en estos tiempos se consideraba como una presunción de culpabilidad.⁵

En el actual proceso penal acusatorio, la prisión preventiva es una de las 14 medidas cautelares, establecidas en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales; siendo esta la última ratio, es decir, que el Juez de Control deberá privilegiar todas las medias del numeral citado, antes de considerar a la prisión preventiva.

Sin embargo, en el actual sistema penal, se hace una clasificación en el tipo de medida cautelar denominada prisión preventiva desde el propio texto constitucional, que en el artículo 19, establece aquellos delitos por los cuales los jueces de control, están obligados a imponer como medida cautelar la prisión preventiva, de carácter oficioso, sin tener en cuenta el resto de las cautelares. Al respecto es menester señalar que la reforma de junio de 2008, establecía como delitos que merecían prisión preventiva oficiosa únicamente seis delitos, sin embargo, en el año 2019⁶ fue reformado el artículo 19 Constitucional y el número de delitos que pertenecen a esta clasificación aumentó considerablemente.

La otra forma que pertenece a esta clasificación la constituye lo que se denomina, prisión preventiva justificada, en ella se contempla la posibilidad de que el Ministerio Público pueda solicitar la medida cautelar cuando otras no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, en el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado este siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

⁵ NADER KURI, Jorge, *La Prisión Preventiva en México*, México, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 39.

⁶ DOF, 19 de febrero de 2019.

Estas determinaciones normativas de primer nivel, otorgan cierta subjetividad en los momentos en los que el Ministerio Público solicite la imposición de esta medida al Juez de Control, pese a que no se trate de los delitos calificados como de medida oficiosa, y si bien es cierto que la prisión preventiva en sus dos clases debe constreñirse a los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y excepcionalidad, entendiéndolos como la última opción que tiene el juzgador, mientras otras medidas no sean suficientes para lograr la presencia del imputado en el proceso, o que deba existir una relación entre la medida y los fines perseguidos de tal forma que la privación de la libertad no resulte exagerada o desmedida y que realmente se acredite la necesidad de la misma; o, que no sea aplicada en forma genérica sino de carácter particular en cada caso en concreto respectivamente en cada uno de estos principios, ello no significa que se utilice de manera desmesurada en la solicitud general que realice el Ministerio Público, hipótesis a las que ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha referido en Jurisprudencia.⁷

En ese sentido debe existir entonces la claridad de que todas las medidas cautelares, más aún aquella cuyo objetivo sea la de privar de la libertad a un imputado, deberá respetar los criterios de 1) apariencia del buen derecho, y b) peligro en la demora,⁸ por lo que cualquier imposición de esta medida, debe encontrar justificación en estos lineamientos de procedencia.

Ahora bien, es necesario no solo replicar y analizar lo dispuesto en la propia Constitución Política Mexicana, sino también para los efectos de análisis e interpretación de la figura de la prisión preventiva en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y esto resulta necesario en virtud de que pareciera que los Ministerios Públicos y Jueces, aplicar de manera sistemática esta medida cautelar, y en muchas ocasiones, los argumentos y justificaciones que exponen en audiencia, no parecen ser suficientes para acreditar⁹ los principios a los que nos hemos referido en líneas anteriores.

El artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece la regulación para los casos en donde se requiera la aplicación de la prisión preventiva, condicionando la

⁷ Tesis XVII.1o.P.A. J/34 P (10a.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Undécima Época, tomo V, agosto de 2021, p. 4739.

⁸ NADER KURI, *op. cit.*

⁹ Consultado

en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion_ADH.pdf

limitación a la libertad únicamente en aquellos casos fijadas de antemano en las Constituciones de los Estados miembros. Por su parte, la CIDH en el caso “Suárez Rosero vs Ecuador”,¹⁰ sostuvo que el artículo 8.2 de la Convención deriva de la obligación estatal de no limitar ni suspender la libertad personal más allá de los límites estrictamente necesarios para que no se impide el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no se eluda la acción de la justicia, en razón de la que se trata de una medida cautelar y no punitiva, estableciendo que esta no debe ser de carácter general, y el riesgo se constituye al imponer una pena anticipada, lo cual sería contrario a los Derechos internacionalmente reconocidos.

Y es que en nuestro país, la dicotomía entre la existencia de dos tipos de prisión reconocidos en el propio texto Constitucional, ensombrece en todo caso el contexto en el que se solicita la prisión preventiva, pues por una parte, los delitos considerados como de prisión preventiva oficiosa, han ido en incremento, a pesar de que dentro de la exposición de motivos de la Reforma Constitucional de junio de 2008, se estableció como objetivo la despresurización del sistema penitenciaria (que este tema debe ser parte de otra investigación), y por el otro, el hecho de que exista, aun, la posibilidad de que se imponga prisión preventiva por delitos de mínima exigua calificación.

Por su parte, el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva, no debe ser una regla general.

Al respecto, existen algunos intentos en el poder legislativo mexicano por tratar de eliminar, cuando menos la prisión preventiva Justificada, por lo que en el año 2022 las Comisiones Unidas del Senado de la República han presentado una minuta de decreto, en el que se propone una modificación Constitucional reformar algunos temas dentro del Sistema Penal Acusatorio, dentro de ellas, la eliminación de la Prisión Preventiva Justificada.

Es aquí, precisamente donde comenzamos a encontrar las primeras advertencias de lo que habremos de referirnos a continuación, por las contradicciones existentes por una parte en el artículo 1º Constitucional, y por la otra en lo que disponen los artículos 16, 18, 19 y 20 de la Ley Fundamental.

¹⁰ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf

IV. El derecho penal del enemigo, inserto en el texto constitucional

A manera de introducción y como un breviario general que nos permita contextualizar los comentarios que se harán en este apartado, hay que recordar la importancia y desarrollo de la Teoría del Delito en los sistemas jurídicos, entendiendo esta como aquella disciplina que tiene como objeto analizar y estudiar los presupuestos jurídicos de la punibilidad de un comportamiento humano y cuyo objeto sea la aplicación de una pena o de una medida de seguridad.¹¹

Durante el desarrollo del estudio de la teoría del delito, ha surgido una serie de escuelas que se han dedicado a desmenuzar los elementos del comportamiento delictivo, a saber, causalismo, finalismo, modelo lógico matemático y funcionalismo; este con dos vertientes, una considerada como moderada y representada por el Profesor Claus Roxin, y la otra la denominada Radical, representada por los Profesores Günter Jakobs y Mario Schilling.

A diferencia de las primeras escuelas, el Funcionalismo apuesta por calificar al delito como comunicación defectuosa, como una defraudación de expectativas que lesiona la vigencia de la norma (bien jurídico en sí mismo), por lo que, la imposición de la pena es la forma que tiene el sistema social de tratar las defraudaciones a costa del infractor y cumplir su función de estabilización normativa.¹²

Y en esa línea, que se ha llevado hasta el límite, incluso se ha planteado de manera categórica la negación derechos fundamentales para quienes hayan cometido un delito.

En ese sentido, pareciera ser que el Constituyente Mexicano, recoge en forma alguna, ciertas aportaciones de este funcionalismo radical, al plantear ciertas hipótesis en los propios antecedentes de la Reforma Penal de 2008, que más allá de la escuela funcionalista, toman aportaciones de la teoría del derecho penal del Enemigo, como a continuación se detalla.

- A) Que hay contextos especiales en los que es necesario aplicar un derecho penal más restrictivo, que ayude a desincentivar la comisión de un determinado tipo de delitos que lesionan bienes jurídicos más sensibles a la sociedad.
- B) Que la inclusión de otro delito en otra condición en estos supuestos (prisión preventiva) debe justificarse no solo bajo el argumento de que la comisión del delito hace al sujeto

¹¹ JESHEK HANS, Henrich, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, Barcelona Boch, 1978, p. 263.

¹² JAKOBS, Günter *¿Cómo protege el Derecho Penal y que es lo que protege? Contradicción y Prevención: protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma*, México, ARA, 2005, p. 36.

merecedor de esa medida cautelar, sin que se debe entender el peligro inminente y el potencial de peligro para la víctima o la sociedad.

- C) Que la finalidad de esta modificación no es inhibir la comisión de delitos, sino contar con la certeza de que los delitos de mayor impacto, los imputados permanecerán bajo custodia del sistema de justicia penal, asegurando así a las víctimas y el buen manejo de la investigación.

Ahora bien, el Derecho Penal del Enemigo tiene las siguientes características:

- a) Adelantamiento de la línea de defensa. Se sancionan inclusive actos preparatorios. Se pretende justificar a través de la idea de seguridad cognitiva.
- b) La pena resulta desproporcionada respecto de una conducta que aún no entra en fase ejecutiva o del principio de ejecución.
- c) Se plantea como una legislación de lucha, de guerra, de combate.
- d) Existe una notoria disminución de las garantías procesales.¹³

Al respecto esta teoría sostiene que es necesario considerar una serie de sujetos que por su tenacidad para vulnerar la ley alcanzan el status de *no personas*. Para esta escuela, la persona es algo distinto al ser humano, dado que este es el resultado de procesos naturales y la persona es un producto social que se define como la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y de un alma de conciencia; y es aquí donde comenzamos a tener serias complicaciones.

Al realizar un análisis del contenido de los artículos 16, 18 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, encontramos lo siguiente:

ARTÍCULO 16 DÉCIMO Y DÉCIMO PRIMER PÁRRAFOS.-

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia. Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; **este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada.** Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal

¹³ Senado de la República, Dictamen de las comisiones unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, Segunda, la Cámara de Senadores, aprobando el 6 de diciembre de 2018.

ARTÍCULO 18 OCTAVO Y NOVENO PÁRRAFOS.

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. **Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada** y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. **Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos.** Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.

ARTÍCULO 19. – Ordena la Prisión preventiva oficiosa para diversos delitos, incluso delincuencia organizada.

ARTÍCULO 20, FRACCIÓN V, PÁRRAFO II.

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpadado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra.

Ahora bien, realizando una revisión a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada considera entre otras figuras como el arraigo, la intervención de comunicaciones privadas, el decomiso, pero además en tratándose de la implementación de la prisión preventiva determina lo siguiente:

Artículo 45.- Las personas sujetas a prisión preventiva o que hayan sido sentenciadas por los delitos a que se refiere esta Ley, **no tendrán el derecho a cumplir con esta medida cautelar o compurgar sus penas, respectivamente, en el centro penitenciario más cercano a su domicilio.** La legislación en materia de ejecución de penas preverá lo conducente respecto a los centros especiales para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias, la

restricción de comunicaciones de los imputados y sentenciados, así como la imposición de medidas de vigilancia especial a los internos por delincuencia organizada.

Y es que, estas disposiciones encuentran justificación en otro tema considerado a partir del funcionalismo que considera no solo el derecho penal en la intervención Estatal, sino lo que denominan políticas públicas criminales, cuyo objeto es, al costo que sea, sancionar a quienes cometan un delito, sin perjuicio de la violación de derechos fundamentales; incluso la carga de la prueba en este tipo de procedimientos se revierte a la defensa de los imputados.

Es decir, el Estado mexicano, incorpora figuras de sanción y combate a la delincuencia en los numerales anteriormente mencionados, con la justificación de evitar el incremento o comisión de delitos de alto impacto, el problema se presenta en la contradicción que se da respecto de las disposiciones referidas anteriormente y lo que reconoce en artículo primero Constitucional, cuando expresamente reconoce los derechos humanos a nivel interno y externo en cuyo caso estos, no pueden restringirse ni suspenderse, facultando una interpretación conforme y pro persona, así como prohibiendo todo tipo de discriminación o conducta que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

V. Conclusiones

Eugenio Raúl Zaffaroni, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aporta una opinión de suma relevancia respecto de estas políticas criminales a las que nos hemos referido con antelación, quien hace una crítica al realizar el poder punitivo real, que permite reconocer un trato diferenciado, discriminatorio, neutralizante y eliminatorio mediante un título que partía de su negación de condición como persona, o sea, considerándolo básicamente en función de su condición de *cosa o ente peligroso*, que no es otra cosa más, que una franca violación a los derechos individuales de cualquier ciudadano.¹⁴

El profesor latinoamericano advierte de dos riesgos en el reconocimiento de este tipo de políticas, por una parte, derivadas de una condición de “moda” a la que él denomina “cool” y que en todo caso deviene planteándose a partir del incremento de los delitos de alto impacto no

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo del Derecho Penal*, México, Coyoacán, 2016, p. 121.

solo en América Latina sino en el mundo, pero por otra parte y más grave es, el riesgo de caer en formas de Estado absolutistas que nieguen mecanismos de debido proceso en favor de aquellas personas que son señaladas como responsables de la comisión de un hecho delictivo.

Estas políticas las relaciona con el llamado Estado de policía, cuyo objetivo es en todo caso el derrumbe del Estado de derecho, dado su radicalismo en la aplicación de actos de investigación o imposición de penas.¹⁵

Entonces, en el desarrollo del presente trabajo hemos advertido con toda claridad que en la propia Constitución Mexicana, existe una flagrante contradicción entre lo que dispone el artículo 1º y lo que se contrapone al desarrollar las disposiciones de los artículos 16, 18, 19 y 20, artículos en donde como ya observamos destaca la figura de lo que se denomina “delincuencia organizada”, cuya figura desde nuestro particular punto de vista no es otra cosa más que el reconocimiento de que en nuestro país, se aplica el derecho penal del enemigo, habida cuenta de que sabemos que uno de los principios fundamentales de los Derechos Humanos, es precisamente el de progresividad, desatentemos esa obligación que tiene el Estado mexicano de ir avanzando para reconocer mayor cantidad de Derechos, o en su caso, y cuando menos, no desconocer aquellos que ya hayamos alcanzado.

La sola figura de la delincuencia organizada, establecida en el texto constitucional, sienta un enorme precedente para llevar a cabo tratos diferenciados a aquellos imputados que estando sometidos a un procedimiento por este tipo de delitos, tengan en su contra, aquellas condiciones procesales que por delitos diversos no se les atribuirían, negándoles derechos que a otros imputados se les reconocen demostrando la existencia en la propia Constitución y en la Ley de tratos especiales nocivos para los procesados, a quienes incluso se les llega a designar como NO personas.

A la luz de la teoría de los Derechos Humanos, estas acciones por parte de la autoridad en cualquiera de sus niveles son francamente inaceptables, sin embargo es un hecho, como ha quedado demostrado que en nuestro texto constitucional conviven tras bambalinas dos teorías del pensamiento absolutamente opuestas, por un lado la teoría de los Derechos Humanos y por

¹⁵ *Ibidem* p. 146.

la otra, la teoría del Derecho Penal del enemigo, tal y como se puede demostrar a través de las apreciaciones y argumentos que hemos sostenido a lo largo del presente trabajo.

A manera de colofón, el lector deberá en todo caso decantarse por uno o por otro. ¿Habrá imputados a los que, por su conducta, deban garantizársele los derechos humanos establecidos en el artículo 1º Constitucional? O a este tipo de imputados ¿deberá aplicárseles todas las medidas de diferenciación, particularidad y responsabilidad de las que se señalan en los artículos 16, 18, 19 y 20 de la Ley Fundamental mexicana? El lector, será quien asuma la responsabilidad a partir de reconocer que mal que bien, hemos avanzando durante muchos años, hacia un estado social y democrático de Derecho.

Al momento de publicar este artículo ha surgido otra preocupación para quien escribe, y es que nos encontramos frente a la reciente reforma al Poder Judicial en México cuyo principal objetivo es la elección de los ministros de la Corte y otros juzgadores a través del voto popular, tema que sin lugar a dudas da pauta a otro trabajo independiente pero que no puede extraerse de la sustancia del presente.

En efecto, esa preocupación radica en las inconsistencias legislativas que se han aprobado y que lejos de establecer medidas que permitan hacer más eficiente el goce de las garantías que permitan asumir los Derechos Humanos de los gobernados, pareciera ser que entraña la intromisión del poder Ejecutivo en las decisiones trascendentales del Poder judicial, a quien se le ha señalado de entrometerse en un espacio de facultades que no posee cuando ha declarado la inconstitucionalidad de algunas normas.

Estas aseveraciones no solamente denotan el desconocimiento del Derecho Constitucional moderno y de la interpretación constitucional de la que por supuesto tiene facultades la Corte, sino más bien, de la intención de politizar al derecho, aun cuando la lucha por décadas del reconocimiento y progresividad de derechos ha sido resultado de muchos sacrificios, incluso de vidas humanas en cuya condición, se ha podido comenzar, no culminar, pero si iniciar el proceso para la construcción de un sistema jurídico autónomo e independiente que a la par con los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido avanzando en prospectiva de los principios de integralidad, universalidad y progresividad de los Derechos Humanos.

Probablemente entonces la naturaleza constitucional mexicana sea aquella que lejos de reconocer más derechos, tenga como objetivo controlar a partir del poder a la propia justicia, es decir, si el propio texto Constitucional se contradice como ya hemos dicho al establecer dos epistemologías diametralmente opuestas, como lo son “el derecho penal del enemigo” y “los Derechos Humanos”, no se puede dejar pasar desapercibido el deseo de ejercer un control político hacia el poder judicial.

Ello, tristemente no es privativo de nuestro país, actualmente las acciones llevadas a cabo por el gobierno del Salvador, muestran como una “moda” la implementación de medidas jurisdiccionales desde los poderes ejecutivos que con la promesa de “disminuir” los índices de delincuencia, generan políticas públicas de seguridad pública que reducen al máximo los derechos de la ciudadanía y que al tener el control del Poder Judicial, conculcan los derechos más fundamentales de quienes son sometidos a procesos “fast tract” de juzgamiento y sentencia en los procedimientos penales.

En conclusión, esa reforma a la que hacemos referencia en nuestro país, en nada contribuirá a que esos principios puedan mantenerse y, muy por el contrario, será motivo de una regresión importante en la búsqueda por alcanzar más derechos, pero ello, será motivo de alguna otra investigación.

VI. Bibliografía

DOF. 19 de febrero de 2019. P 33

Dictamen de las comisiones unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, Segunda, la Cámara de Senadores, aprobado el 6 de diciembre de 2018.

Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 73, 107, 115, 122 y 123 de La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de seguridad, procuración de justicia y policías. Senado de la República, Comisiones Unidas del Senado de la República.

JAKOBS, Günther, “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, en *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI, Libro homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*, México, ARA, 2005.

JESHEK, Hans Henrich, *Tratado de derecho penal*, trad. Santiago Mig Puig, Barcelona Bosh, 1978.

NIEMBRO ORTEGA, Roberto, *La argumentación constitucional de la suprema corte. A diez años de la reforma en derechos humanos*, pról. de Armin von Bogdandy, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021.

NADER Kuri, Jorge, *La prisión preventiva en México*, México, Tirant Lo Blanch, 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, México, Editorial Coyoacán, 2016.

Páginas electrónicas

<https://www.cndh.org.mx/documento/caso-radilla-pacheco-vs-mexico>

https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=347&lang=e

https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion_ADH.pdf

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2506/30.pdf>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

