

## “EL FRACASO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN MÉXICO”

Julio Cesar Baladrán Guajardo<sup>1</sup>, José Zaragoza Huerta<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Julio Cesar Baladrán Guajardo, Doctor en derecho por la FACDYC, UANL, con estancia de Investigación en la Universidad de Ratisbona en Alemania, Maestro de la Asignatura de Teoría del Delito en la Maestría de Derecho Penal con Enfoque en el Sistema Procesal Penal Acusatorio.

<sup>2</sup> José Zaragoza Huerta, doctor en derecho por la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias. Miembro de la Academia Michoacana de ciencias Penales. Docente e Instigador de la FACDYC, UANL.

### SUMARIO

En el presente trabajo, aludimos al fracaso de la prisión preventiva oficiosa en México. Hacemos referencia a la misma, a partir de un Estudio de Caso, en donde la víctima de una tentativa del delito de violación, haciendo uso de su legítimo derecho a defenderse, privó de la vida a su ofensor.

Lo mencionado, obra en autos de la Sentencia, acorde a la versión pública del Juicio de Amparo 408/2022, tramitado en el Juzgado Quinto de Distrito en el Estado de México. Esto, a efectos de comentar la mala interpretación de la Teoría del Delito, así como de los principios rectores del Sistema Procesal Penal Acusatorio Mexicano.

**Palabras Claves:** *Prisión Preventiva Oficiosa, Derechos Humanos, Inconvencionalidad, Sistema Procesal Penal Acusatorio, Legítima defensa.*

### ABSTRACT:

The aforementioned, works in the case file of the Judgment, according to the public version of the Amparo Trial 408/2022, processed in the Fifth District Court in the State of Mexico. This, in order to comment on the misinterpretation of the Theory of Crime, as well as the guiding principles of the Mexican Accusatory Criminal Procedure System.

**Keywords:** *Informal Preventive Prison, Human Rights, Unconventionality, Accusatory Criminal Procedure System, Self-defense.*

### INTRODUCCIÓN

En la República Mexicana, el día 18 dieciocho de junio del año 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; en la misma, se transitó al Sistema Procesal Penal Acusatorio, dejando

atrás el sistema predominantemente, inquisitivo-escrito, que anteriormente se aplicaba en México. Con ello se introdujo cambio paradigmático en la Procuración e Impartición de Justicia, con especial referencia a la materia Procesal Penal y, en

Fundación Tecnológica Autónoma del Pacífico.  
ISSN: 2806-0172 (En Línea).  
Cali - Colombia.



Esta obra está bajo una licencia Creative Commons  
Atribución - No Comercial - Sin Derivadas 4.0 Internacional.

Medio de difusión y divulgación de investigación de la Fundación Tecnológica Autónoma del Pacífico.

particular, al tema que nos ocupa en este trabajo, por cuanto se refiere al tema de las medidas cautelares, donde se implementó la Prisión Preventiva.

Institución procesal que, de acuerdo a nuestra Constitución Política de los Estados Unidos y a nuestra legislación procesal penal, debe aplicarse, de forma excepcional, toda vez que, del análisis de los cuerpos normativos, se advierte que esta se debe aplicar de forma oficiosa en algunos casos, de relevancia.

Lo mencionado indica que, la medida cautelar excepcional, se debe aplicar en casos muy excepcionales, iniciándose con la notificación de la investigación formalizada al imputado.

Ante esta situación, no hay oportunidad a la Defensa de plantear un debate sobre la procedencia de la medida cautelar preventiva, teniendo que permanecer el imputado, detenido en prisión, mientras se desarrolla el proceso penal hasta la conclusión del caso, teniendo como límite el término de dos años que señalan, tanto la Ley Suprema de la República Mexicana, y la legislación adjetiva; pudiéndose ampliar el referido término de dos años, en los casos en que el mismo se haya excedido por motivos atribuibles a la Defensa, como pudiera ser la interposición de algún medio de defensa.

La aplicación de la presente medida cautelar, ha sido objeto de críticas, por parte de la doctrina especializada (Carrara, 1999, pp. 7-8) y los organismos gantes de protección de derechos humanos como es la corte Interamericana de los derechos Humanos.

Cabe poner de relieve, el hecho que la presente medida cautelar oficiosa trasgrede el principio de presunción de inocencia (GARCÍA VALDÉS, 1995, p. 38) (CEFVELLO DONDERIS, 2001, p. 127), consagrado en la Carta Magna mexicana, en su vertiente procesal, al presentarse en el caso de quienes son imputados comisión de un tipo penal subsumible en el catálogo de delitos en los que, procede la prisión preventiva oficiosa.

En consecuencia, conforme a la presunción justificada de culpabilidad (PÉREZ CEPEDA, 2001, p. 193), el imputado tendrá que permanecer privado de su libertad mientras se desarrolla su proceso. Sin embargo, ante

tal dispositivo constitucional, hay casos en los que, de forma excepcional, se puede dejar de aplicar la prisión preventiva oficiosa, como una potestad legal que se otorga excepcionalmente a la Fiscalía.

La excepción, a la que nos referimos, consiste en que el Juez puede aplicar o no aplicar la prisión preventiva oficiosa, y la puede sustituir por otra, pudiendo prescindir de la prisión preventiva oficiosa, aún y cuando se encuentre en el catálogo que previsto, tanto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como el Código Nacional de Procedimientos Penales, para su aplicación, siempre y cuando, lo autorice el Fiscal General o el titular de la dependencia de la Entidad Federativa o incluso de la federación, lo cual se desprende al dar lectura al artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales dispone en la parte conducente de su texto: “El juez no impondrá la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad o bien, cuando exista voluntad de las partes para celebrar un acuerdo reparatorio de cumplimiento inmediato, siempre que se trate de alguno de los delitos en los que sea procedente dicha forma de solución alterna del procedimiento. La solicitud deberá contar con la autorización del titular de la Fiscalía o de la persona funcionaria en la cual delegue esa facultad”.

Como podemos advertir, todos aquellos imputados a quienes se les instruya un proceso penal, seguirán en prisión, mientras dure el proceso que se les instruye, siempre y cuando no se encuentren dentro de las excepciones plasmadas en el artículo en comento.

A nuestro interés, nos ocupa destacar la excepción que se consagra para el Ministerio Público, de no aplicar la prisión preventiva oficiosa, por no resultar proporcional, respecto de garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de a investigación y la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.

Ante este supuesto, entendemos que se contraviene el principio de presunción de inocencia, así como el principio de igualdad procesal, tomando en cuenta que se deja a discreción de la Fiscalía la oportunidad de solicitar una medida cautelar diversa a la prisión preventiva oficiosa.

El motivo de la inclusión de la prisión preventiva oficiosa es, precisamente, con el fin de reducir la impunidad, clara consecuencia del populismo punitivo, al pretender que la sociedad en general, tenga la creencia, que al imponer la prisión preventiva desde el inicio del procedimiento penal se está luchando para reducir la impunidad.

Este resulta ser el problema del presente trabajo; mismo que resulta del análisis de un caso en particular, como hemos señalado, y que desarrollamos en líneas siguientes. Precisamente, en este asunto, (homicidio doloso) se debatió en las diversas instancias legales, la imposición de la prisión preventiva oficiosa, prevaleciendo el criterio de un Juzgado de Distrito del Poder Judicial Federal, en el cual la Jueza, resolvió conceder el amparo y protección de la justicia federal a la imputada de un “homicidio simple con exceso de legítima defensa”, como veremos en párrafos siguientes.

## I. ANTECEDENTES DEL CASO

El asunto al que nos referimos, fue noticia en los medios de comunicación y se destacaba la libertad concedida por la Jueza del Distrito Quinto, en el Estado de México, por tratarse de un asunto de legítima defensa, en un homicidio.

Sobre el tema, en la redacción del diario “El País”, se resaltó que dicha Jueza, “dictaminó que la Prisión Preventiva impuesta de Oficio, se contraponía a los Tratados Internacionales suscritos por México”.

Esta noticia, nos llamó la atención, pues de la lectura de dicha nota, creímos que, finalmente, había una autoridad judicial, que se atrevió a no aplicar la Prisión Preventiva Oficiosa por contravenir los tratados internacionales firmados por México.

Ante esta inquietud, profundizamos sobre el tema, consultando la versión Pública de la Sentencia, correspondiente al Juicio de Amparo, número 408/2022, que se tramitó en el Juzgado Quinto de Distrito, en el Estado de México, en la cual se concedió el amparo y protección de la Justicia Federal a la imputada, donde si bien se reservaron los datos de la quejosa, aparece el razonamiento; destacando para el estudio de nuestro caso, los siguientes hechos:

### a). La audiencia inicial

En este caso, los hechos acaecieron el 8 de mayo de 2021 dos mil veintiuno, donde el occiso se encontraba en el domicilio de la quejosa, quien es una persona de sexo femenino del grupo étnico denominado en México: “mixteco”, por lo cual se podría considerar que la quejosa pertenecía a un grupo vulnerable por ser mujer y además por pertenecer al grupo étnico “mixteco”. De igual forma se encontraba la víctima, hoy occiso, en un departamento del municipio de Nezahualcóyotl, Estado de México.

Entre las 15:00 quince horas y las 15:30 quince horas con treinta minutos del día 8 de mayo de 2021 dos mil veintiuno, la quejosa estranguló a la víctima hasta ocasionarle la muerte, posteriormente, con un objeto llamado “charrasca, le ocasionó varias lesiones al cuerpo sin vida de la víctima. (Conforme a la página 6 de la versión pública de la sentencia, “charrasca” es una herramienta parecida a un cuchillo afilado que posee en uno de los extremos un mango para ser manipulado y por el otro, una punta afilada, puntiaguda y curva).

El día 12 de mayo de 2021 dos mil veintiuno, se llevó a cabo la audiencia inicial en la cual se declaró legal la detención de la quejosa ante el Juez de Control de Nezahualcóyotl, en la entidad federativa Estado de México; luego, la Fiscalía formuló imputación por el delito contra el respeto a los muertos y violación a las leyes de inhumación y exhumación, sin embargo, el día 13 de mayo de 2021 dos mil veintiuno, se formuló de nueva cuenta imputación contra la quejosa, por el delito de homicidio simple, en atención a ello, se impuso a la imputada la prisión preventiva oficiosa.

## **b). La continuación de audiencia inicial**

Luego que la imputada, pidió en el proceso penal de origen, la duplicidad del término constitucional para resolver la situación jurídica y fue hasta el día 17 diecisiete de mayo de 2021 dos mil veintiuno que, previo debate por la Defensa respecto a la situación jurídica, se resolvió vincular al proceso a la quejosa, por el delito de homicidio simple, continuando así la imputada, en la medida cautelar de Prisión Preventiva en su modalidad Oficiosa.

La vinculación al Proceso es un tipo de resolución que se aplica en el proceso penal acusatorio mexicano, en el cual posterior a la formulación de imputación del proceso, la fiscalía acredita principalmente la probable responsabilidad del imputado, utilizando los datos de prueba que obren en la carpeta de investigación, lo cual se desprende al dar lectura al artículo 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que dispone: “Artículo 316. Requisitos para dictar el auto de vinculación a proceso. El Juez de control a petición del agente del Ministerio Público, dictará el auto de vinculación del imputado a proceso, siempre que: I. Se haya formulado imputación. II. Se haya otorgado al imputado la oportunidad para declarar; III. De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo, y IV. Que no se actualice una causa de extinción penal o excluyente del delito”.

## **c). El planteamiento de la Fiscalía en la acusación**

Sería hasta que presentó la Fiscalía, su acusación, cuando comienza a tener mayor relevancia el tema nos ocupa, pues el delito por el cual clasificó fue: “homicidio simple cometido en exceso de legítima defensa”. Cabe señalar, que la Fiscalía no refiere la forma de conducta, además el exceso de legítima defensa es una figura que se analiza en la sede de la antijuridicidad; es decir, no es un tipo penal, no es en forma teórica, ni en forma práctica, pues en el Código Penal del Estado de México, que resulta ser el aplicable en el caso en estudio, no aparece como un tipo penal. Incluso de la lectura del numeral 66 de

dicho ordenamiento, se desprende que, si un hecho delictivo se cometió en exceso de legítima defensa, repercute en la punibilidad, lo cual se demuestra al dar lecturas al artículo 66 que dispone: “A quien se excediere en los límites señalados para la defensa o la necesidad, porque el daño que iba a sufrir era fácilmente reparable por medios legales o era de menor magnitud que el que causó o bien por no haber tenido necesidad racional del medio empleado, se le impondrá prisión de seis meses a siete años y de treinta a noventa días multa, sin que en ningún caso la pena exceda de las dos terceras partes de la que correspondería al delito simple”.

Como vemos, al dar lectura a dicho numeral, el mismo hace referencia a los casos en que un hecho que se cometa en exceso de legítima defensa y se demuestra que las consecuencias inciden hasta la etapa de la graduación de la sanción.

## **d). La Primera solicitud de modificación de la medida cautelar**

Fue así, que el día 3 tres de diciembre de 2021 dos mil veintiuno, se celebró la audiencia para la modificación de la prisión preventiva oficiosa, a solicitud de la defensa. Ahí, resultó, que previo debate entre las partes, el Juez determinó que no existían elementos objetivos que dieran lugar a la modificación, tomando en cuenta que el delito imputado era el de homicidio simple cometido con dolo, lo cual implica que este delito, encuadra en el catálogo de tipos penales contra los cuales procede la prisión preventiva de manera oficiosa, lo cual coincidimos con el Juez, pues el homicidio cometido en exceso de legítima defensa, sigue siendo un homicidio doloso, salvo que el exceso de legítima defensa se hubiera cometido de forma culposa, pues el exceso de legítima defensa no es un tipo penal y por ello la referida figura jurídica, incide en un elemento diverso del delito. Cabe señalar que no estamos de acuerdo con que se imponga la medida cautelar de Prisión Preventiva de forma oficiosa.

Sobre el tema, resulta de fundamental importancia destacar que el homicidio cometido en exceso de legítima Defensa, según la legislación penal aplicable, no es un tipo penal y sobre el mismo, según la referida disposición legal, llega a atenuar la pena, sin embargo, no se desprende del mismo Código, que se degrade el tipo penal.

### **e). Segunda pretensión de modificar la prisión preventiva oficiosa y su resolución heroica**

Como se desprende de la Sentencia en estudio, el día 15 quince de febrero de 2022 dos mil veintidós, se llevó, de nueva cuenta, la audiencia para solicitar la revisión de la medida cautelar, solicitada por la Defensa, en este caso, previo debate entre las partes, el Juez de Control, accedió a modificar la medida cautelar. En esta ocasión, lo hizo por considerar que la prisión preventiva oficiosa, contravenía los tratados internacionales, que por su naturaleza jurídica, forman parte del ordenamiento jurídico nacional en los términos que establece el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por ello, una vez que el Juez de Control resolvió revocar la Prisión Preventiva Oficiosa, procedió a dar uso de la voz a la Fiscalía para que se pronunciara respecto a la medida cautelar a solicitar. Ante esta situación, se solicitó la medida cautelar de prisión preventiva justificada, misma que le fue negada y se impuso a la imputada medida cautelares diversas a la privación de libertad.

Dicha fue una resolución fue heroica, pues no se limitó a dictar la resolución de no aplicar la prisión preventiva oficiosa únicamente, en este caso, pues al declararla inconveniente implicaba dejar un precedente que podría utilizarse como un referente, para no aplicarla en otros casos, aunque el imputado no tenga una doble vulnerabilidad, como sucede en esta situación, al ser la imputada vulnerable, por cuanto a su condición de mujer y pertenecer a un grupo étnico.

### **f). La Apelación por parte de la Fiscalía y su Resolución**

Ante, la resolución que modificó la medida cautelar, fue impugnada mediante el recurso de apelación por los padres del occiso y por la Fiscalía. A la misma, correspondió conocer al Tercer Tribunal de Alzada en Materia Penal de Texcoco, Estado de México, en México. Así pues, el día ocho de abril de dos mil veintidós, resolvió dicho Tribunal y declaró fundados los agravios formulados por la Fiscalía y por los padres del occiso, resolviendo que si bien de acuerdo a lo señalado por la Fiscalía, se clasificó un delito de homicidio simple con exceso de legítima defensa, contenía la implícita intención dolosa del sujeto activo y, por tanto, debió, ser considerado como delito

de homicidio doloso y, consecuentemente, procedía la prisión preventiva oficiosa.

### **g). La demanda de Amparo**

Contra dicha resolución, la imputada promovió la demanda de amparo indirecto, misma en la que la Jueza, mediante resolución de fecha 28 veintiocho de septiembre de 2022 dos mil veintidós, concedió el amparo y protección de la justicia federal a la parte quejosa.

En dicha resolución la Jueza de Distrito, revocó la resolución del Tribunal de Alzada y ordenó que se dictara otra resolución, considerando la clasificación de homicidio simple cometido en exceso de legítima defensa y que, por ende, no debía considerar que en dicho caso procedía la medida cautelar de prisión preventiva en forma oficiosa, por lo que al cumplir con lo ordenado, el Tribunal de Alzada procedió a dictar nueva resolución de medida cautelar en libertad a la imputada.

Cabe señalar que, en la resolución de la Jueza de Distrito, en diversas ocasiones, expuso el razonamiento por el cual el homicidio cometido en exceso de legítima defensa, en este caso no se había cometido con dolo, incluso señala que se había cometido con culpa, sin embargo, no procedió a hacer la reclasificación o incluso ordenar su reclasificación a un delito culposo. Precisamente, la Jueza indica: “sin embargo, a partir de estos hechos no es posible advertir si la quejos efectivamente actuó con la intención dolosa de privarlo de la vida o si bien su intención únicamente era repeler la agresión de la que era objeto, pero que por la fuerza y el tiempo que duró el estrangulamiento (la acción para repeler el peligro) terminó por quitarle la vida, si desear el resultado en cuyo caso se estaría ante un delito cometido de forma culposa, porque la intención de la quejosa no era privarlo de la vida (aunque ese fuera el resultado) sino, repeler una agresión”.

Ante esta realidad, vemos lo complicado que resulta aplicar la Prisión Preventiva de forma oficiosa, pues como observamos, dentro de los antecedentes del mismo caso, se resolvió de varias formas la medida cautelar, pues existieron varias resoluciones desde que se clasificó a la imputada el delito de homicidio simple en exceso de legítima defensa; pues primero, el Juez negó la modificación de la medida cautelar, posteriormente, se dictó la diversa resolución del

mismo Juez, que accedió a modificar la medida cautelar en virtud de que consideró que la Prisión Preventiva Oficiosa, contravenía los tratados internacionales a los cuales México, se ha sometido.

Con posterioridad, el Tribunal de Segunda Instancia, procedió a considerar que el “homicidio simple cometido en exceso de legítima defensa” era un delito realizado en forma dolosa, por tanto, se encontraba dentro del catálogo de delitos que ameritaban la Prisión Preventiva Oficiosa.

Por último, tenemos la sentencia dictada por el Juzgado de Distrito, ordena al Tribunal de alzada que resuelva dictar una sentencia considerando que el homicidio simple cometido en exceso de legítima defensa no es un delito al que se aplique la medida cautelar de Prisión Preventiva de Forma Oficiosa.

## II. NUESTRA POSTURA

De las diversas resoluciones que se dictaron en el caso que hemos venido comentando, nos decantamos a favor de la resolución del Juez de Control de Nezahualcóyotl, Estado de México, de fecha 15 de febrero de 2022, que procedió a declarar inconvencional la prisión preventiva oficiosa, pues incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado a favor de la Convencionalidad de la Prisión Preventiva Oficiosa. Para ello, podemos estudiar el caso respecto a la estructura del delito, el cual repercute precisamente, en los casos de prisión preventiva oficiosa, pues como condición de la misma, tenemos el tipo penal del delito por el cual se instruya el proceso penal al imputado y, por otra parte, encontramos, la vertiente procesal penal, al haber declarado la Corte Interamericana de Derechos Humanos la inconvencionalidad de la Prisión Preventiva Oficiosa, lo cual incluso ya se ha declarado así, por parte de algunos juzgados Federales en México.

### a) El problema de la estructura del Delito

Consideramos aquí, que el problema es, precisamente, que el homicidio simple cometido en exceso de legítima defensa, no es un tipo penal, no es de forma teórica, en virtud que por ser el exceso de legítima defensa, una causa de justificación defectuosa, repercute en la sede de antijuridicidad, no

en sede de tipicidad, esto en virtud que el exceso de legítima defensa, es una legítima defensa defectuosa y el hecho que, en el caso hubiere un exceso legítima defensa, ello no incide en la tipicidad, sería en la sede de antijuridicidad y tendría su consecuencia hasta el momento de aplicar la pena. Incluso, si se toma en cuenta el mismo Código Penal aplicable, el Código Penal del Estado de México, si en un caso se comete un homicidio en exceso de legítima Defensa, sus efectos repercuten en la sanción,

previando una pena menor a la del homicidio simple, pues el mismo Código dispone que en ningún caso podrá exceder a dos terceras partes a la que corresponda al delito simple.

Más aún, en dicho cuerpo normativo, no se desprende que el exceso de legítima defensa sea un tipo penal, por tanto, no consideramos que el delito por el cual se clasificó, no encuadre dentro de los elementos de uno de los delitos prisión preventiva oficiosa, pues tal y como lo dispone el mismo Código Penal aplicable, es una característica que se estudia en un elemento distinto a la tipicidad y no incide en la tipicidad. Como vimos, al dar lectura a la resolución de la Juez de Distrito, en su resolución hace la argumentación con la cual podría reclasificarse el hecho en un delito culposo y con ello, sería congruente entonces ordenar que, por tratarse de un homicidio culposo, entonces no procedería aplicar la medida cautelar de prisión preventiva de forma oficiosa.

En efecto, en la resolución referida, se señala: “... por la fuerza y el tiempo que duró el estrangulamiento (la acción para repeler el peligro), terminó por quitarle la vida sin desear el resultado; en cuyo caso se estaría ante un delito cometido de forma culposa, porque la intención de la quejosa no era privarlo de la vida (aunque ese fuera el resultado), sino repeler la agresión”.

Como se desprende, la Jueza de Distrito, realizó el razonamiento para considerar los hechos por los cuales se procesó al imputado como delitos obtenidos de forma culposa. Sin embargo, al ordenar al Juez de juicio de origen a cumplir con la sentencia que concedió el amparo, no lo pide así, pues para su cumplimiento ordena: “Al resultar fundados- en suplencia de la queja- los conceptos de violación en estudio, lo procedente es otorgar el amparo solicitado,

para el efecto que, una vez que esta sentencia cause ejecutoria, las autoridades responsables, realicen lo siguiente”; asimismo, agrega: “Con libertad de jurisdicción emita una nueva sentencia en la que, considerando que el delito que se le impute a la quejosa es el de “homicidio simple con exceso en la legítima defensa” analice nuevamente los agravios expuestos por los apelantes, debiendo considerar que en el caso no se actualizan las hipótesis que ameritan la imposición de la prisión preventiva oficiosa en contra de la quejosa”.

Como se desprende si bien, la Jueza de Distrito procede a ordenar al Tribunal de Alzada que, considere que el “homicidio simple con exceso de legítima defensa” no encuadra dentro del catálogo de delitos por los que procede la prisión preventiva de forma oficiosa, sin embargo, no procedió a reclasificar el delito, aún y cuando hizo el razonamiento de que en dicho caso el delito se cometió de forma culposa.

En la resolución del Juzgado Federal, se ordena al Tribunal de Alzada, volver a dictar una resolución en la que se considere que el delito no entra en el catálogo de delitos que ameriten prisión preventiva oficiosa, ello en virtud que la Jueza consideró que había procedido la “reclasificación” del delito por homicidio simple en exceso de legítima defensa.

Para atender a lo anterior, debemos tomar en cuenta la prelación lógica de los elementos del delito, pues sabemos que para proceder desde hace más de cien años se ha verificado que, para efecto de tomar en cuenta la configuración del delito, se debe estudiar de una forma ordenada. De manera que para que podamos determinar si un hecho es delictivo, debemos estudiar si se configura cada uno de los elementos y los mismos se estudian de una forma ordenada y secuencial.

Sobre este tema, teóricamente para que se configure el delito hay varias teorías, siendo que algunos autores consideran que para que se configure el delito, se requieren cinco elementos, que son los siguientes: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, también llamada la estructura pentatónica de los elementos del delito precisamente, por considerar, que el delito se estructura con cinco elementos. Sin embargo, iniciando con Beling, en el año 1906, se hizo una propuesta de la teoría llamada “tripartita” del delito, llamada así

por considerar que el delito se compone de tres elementos, que son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad: misma que ha continuado en varios países de los cuales México, obtiene su influencia, como son, Alemania y España. (BELING, 1906)

Si bien el tema de estructurar el delito con tres o cinco elementos es un tópico predominantemente teórico, podemos destacar que en la República Mexicana, la misma teoría aparece reflejada en el Código Nacional de Procedimientos Penales; como se desprende al dar lectura primero al artículo 405, de dicho cuerpo normativo, que en su parte conducente establece en el artículo 405, relativo a la sentencia Absolutoria: “En la sentencia absolutoria, el Tribunal de enjuiciamiento ordenará que se tome nota del levantamiento de las medidas cautelares, en todo índice o registro público y policial en el que figuren, y será ejecutable inmediatamente. En su sentencia absolutoria el Tribunal de enjuiciamiento determinará la causa de exclusión del delito, para lo cual podrá tomar como referencia, en su caso, las causas de atipicidad, de justificación o inculpabilidad, bajo los rubros siguientes: I. Son causas de atipicidad: la ausencia de voluntad o de conducta, la falta de alguno de los elementos del tipo penal, el consentimiento de la víctima que recaiga sobre algún bien jurídico disponible, el error de tipo vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal que no admita, de acuerdo con el catálogo de delitos susceptibles de configurarse de forma culposa previsto en la legislación penal aplicable, así como el error de tipo invencible; II. Son causas de justificación: el consentimiento presunto, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, o III. Son causas de inculpabilidad: el error de prohibición invencible, el estado de necesidad disculpante, la inimputabilidad, y la inexigibilidad de otra conducta. De ser el caso, el Tribunal de enjuiciamiento también podrá tomar como referencia que el error de prohibición vencible solamente atenúa la culpabilidad y con ello atenúa también la pena, dejando subsistente la presencia del dolo, igual como ocurre en los casos de exceso de legítima defensa e imputabilidad disminuida”.

Destacamos que en dicho precepto se desprende que de acuerdo a la legislación procesal penal nacional, para efectos de configurar el delito, tendrían que actualizarse tres elementos, que serían la tipicidad,

la antijuridicidad y la culpabilidad, de igual forma, aunque no lo dispone expresamente, se desprende que los mismos se deben estudiar de forma ordenada, incluso como una causa de exclusión de la tipicidad, incluye la ausencia de conducta, lo cual implica que se incluye la voluntad o la conducta como un elemento de la tipicidad. De la misma forma, el referido numeral establece que en los casos de exceso de legítima defensa, se dejará subsistente la presencia del dolo.

Lo mencionado, lo destacamos en virtud que el hecho de ser el caso, que estamos analizando, corresponde a un exceso de legítima defensa, en el cual expresamente se pretendió reclasificar por parte de la Juzgadora Federal e incluso en su sentencia, llega a señalar que al ser un homicidio en exceso de legítima defensa, incluía un tipo penal “atenuado” cuando no hay fundamento para ello, pues el exceso de legítima Defensa se estudia en diverso escalón del delito al de la tipicidad, pues se estudia hasta que llegar a la sede de antijuridicidad: esto es, que la conducta ya es típica y, por ende, el hecho que el delito se haya cometido en exceso de legítima defensa no incide en la tipicidad, sino en uno de los elementos distintos del delito, que lo es la antijuridicidad. Es decir, al ser el homicidio en exceso de legítima defensa, no se degrada el tipo penal, ni repercute en el tipo penal, sino en un escalón diverso del delito. Pues el exceso de legítima Defensa es una causa de justificación incompleta y por ello se estudia hasta la sede de antijuridicidad.

Resulta que en su parte conducente la Juzgadora Federal señala, “Así durante la segunda audiencia de revisión a la medida cautelar (quince de febrero de dos mil veintidós), la defensa hizo ver la existencia de variación en las circunstancias objetivas que dieron lugar a la imposición de la prisión preventiva oficiosa, en tanto que, al formular la acusación, la Fiscalía le impute el delito de homicidio simple con exceso en legítima defensa; es decir se realizó una atenuación del tipo.”

Sobre el tema consultando a uno de los más reputados penalista españoles, destaca a la tipicidad y la antijuridicidad como elementos del delito, sin embargo, señala que son dos caracteres distintos y separados; al tiempo de puntualizar que: “En esa concepción inicial el tipo, a diferencia de la antijuridicidad, que supone desvaloración de la conducta, es una categoría puramente descriptiva

valorativamente neutra, pues no implica todavía valoración negativa y prohibición de la conducta, y afirmar la tipicidad de una acción, como la de matar, lesionar, privar de la libertad o destruir una cosa, no significa más que la constatación de que coincide con la descripción legal de los preceptos del homicidio, lesiones, detenciones o daños, pero de momento es una comprobación valorativamente neutra, ya que tal acción puede resultar no antijurídica, y por tanto no desvalorada, por estar cubierta por una causa de justificación. Así pues, tipo y antijuridicidad serían categorías totalmente separadas y distintas”. (LUZÓN PEÑA, 1996)

Así, pues, además de estar implícita la división de los elementos del delito en el Código Nacional de Procedimientos Penales, siguiendo al mencionado autor, la diferencia entre el la tipicidad y la antijuridicidad, robustece el punto que intentamos aclarar en este caso. La tipicidad y la antijuridicidad son distintos escalones del delito y, por tanto, el hecho que se considere que en el caso que se haya presentado una causa de justificación (defectuosa o incompleta), la misma no degrada el tipo penal de homicidio, pues conforme al Código Penal del Estado de México, el exceso de legítima defensa, tiene un incidencia en la pena, más no así, en la tipicidad, por lo que, si bien no estamos de acuerdo con la prisión preventiva oficiosa, consideramos que, el hecho que la Jueza Federal, haya considerado el evento como un homicidio cometido en exceso de legítima defensa, no implica que estemos ante una figura típica distinta, pues tal y como se ha dejado sentado, la tipicidad y la antijuridicidad son categorías totalmente separadas y distintas. Por lo ello, el hecho que, en el caso que analizamos, se considere que se ha cometido en exceso de legítima defensa, no debe ser impedimento para aplicar la prisión preventiva oficiosa, pues el tipo penal no debe variar, salvo que el exceso de legítima defensa, se haya cometido de forma culposa, de lo cual la misma Juzgadora Federal señala que no hay elementos para diferenciar si el exceso de legítima defensa, se cometió de forma culposa o dolosa. En consecuencia, consideramos que se debió declarar inconvencional la prisión preventiva oficiosa tal y como lo hizo el Juez de Control de Nezahualcóyotl, Estado de México, en su resolución de fecha 15 de febrero de 2022. Esto tiene relevancia, en virtud que los hechos correspondientes al caso en estudio, acaecieron en el Estado de México, y el Código de dicha entidad, contiene un concepto del delito, que está compuesto

de cuatro elementos, que son: conducta típica, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, donde en su artículo 6 al hacer la definición: “El delito es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible”. (En este caso, se desprende que se señala la conducta y la tipicidad como un elemento, es decir, señalan la conducta típica, la cual podemos subsumir en un elemento).

Referimos que se compone de cuatro elementos ya que de la lectura del texto se desprende que se unen conducta y tipicidad en un mismo elemento; aunque podemos afirmar que el tema del número de elementos es una cuestión meramente teórica, de la lectura del artículo 405 del Código Nacional de Procedimientos Penales, vemos que, en caso que se haya tipificado una conducta como dolosa, la misma no se modifica en los casos y de exceso de legítima defensa, incluso hay la disposición expresa que transcribimos anteriormente.

En este orden de ideas, lo dispuesto en el artículo 405 del Código Nacional de Procedimientos Penales, resulta de fundamental importancia para demostrar la estructura del delito y el estudio secuencial de cada uno de los elementos por separado. Lo anterior para evitar la falsa creencia que la división de los elementos del delito es una mera cuestión teórica, sino que la misma aparece en nuestros cuerpos normativos, tanto en el Código Nacional de Procedimientos Penales, como en el Código Penal del Estado de México, pues en el numeral 405 se establecen las exclusiones de cada uno de los tres elementos del delito por separado, de la tipicidad, de la antijuridicidad, de la culpabilidad.

### **b). La inconventionalidad de la Prisión Preventiva Oficiosa**

Como hemos destacado en este artículo, se pronunciaron diversas resoluciones, donde se debatió la Prisión Preventiva Oficiosa, en el caso en estudio, nos decantamos a favor del criterio del Juez de Control de Nezahualcóyotl de fecha 15 de febrero de 2022, que procedió a declarar inconventional la prisión preventiva oficiosa, pues incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado a favor de la Conventionalidad de la Prisión Preventiva Oficiosa, ello se desprende en diversas sentencias dictadas por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos como lo son la Sentencia correspondiente al caso “García Rodríguez y Otro

Vs. México de fecha 25 de enero de 2023 y la otra es la del caso Tzompaxtle Tecpile y Otros Vs. México de fecha 7 de noviembre de 2022.

En el caso de Tzompaxtle Tecpile y Otros Vs. México de fecha 7 de noviembre de 2022, la Corte Interamericana señala que para que una medida privativa no sea arbitraria y no contravenga lo establecido en el 73 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone que nadie puede ser sometido a carcelamientos arbitrarios y la misma Corte Interamericana Señala que para que una medida cautelar restrictiva de libertad no sea arbitraria no es suficiente que sea contrario a la ley sino que debe interpretarse de una forma más amplia y señala los elementos que se deben incluir para considerar que no sea arbitraria una medida cautelar restrictiva de libertad, es necesario que: “a) se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada en ese hecho; b) esas medidas cumplan con los cuatro elementos del “test de proporcionalidad”, es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana), idónea para cumplir con el fin que persigue, necesaria y estrictamente proporcional y c) la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas.” (Ver párrafo 97 de la Sentencia Caso Tzompaxtle Tecpile y Otros Vs. México).

Por otra parte, en diversa sentencia del caso García Rodríguez y Otro Vs. México, de fecha 23 de enero de 2023, se expone el pronunciamiento sobre la inconventionalidad de la Prisión Preventiva Oficiosa; en este sentido, en el párrafo 296, se establece: “El Tribunal nota que algunos de los aspectos contrarios a la Convención Americana que habían sido señalados, en el Capítulo de Fondo (supra párrafos 164 a 174), aún persisten y fueron incluso ampliados en las normatividades ulteriores. Esos aspectos serían: a) no se hace referencia a las finalidades de la prisión preventiva, ni a los peligros procesales que buscaría prevenir, b) tampoco deja la posibilidad de ponderar la aplicación de la medida cautelar a través de un análisis la necesidad de la misma frente a otras medidas menos lesivas para los derechos de la persona procesadas como lo serían las medidas alternativas a la privación de libertad, y c) se establece perceptivamente la aplicación de la prisión preventiva para los delitos que revisten cierta gravedad una vez

establecidos los presupuestos materiales sin que se lleve a cabo un análisis de la necesidad de cautela frente a las circunstancias particulares del caso”.

Lo anterior, no es algo únicamente de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, sino que, en nuestro país, tenemos el mecanismo de defensa jurídica del Juicio de Amparo 1567/2022 del Juzgado Segundo de Distrito, en el Estado de Hidalgo, donde al conceder el amparo, procede a ordenar al Juez de Control adscrito al Distrito Judicial de Pachuca de Soto, Hidalgo, que resuelva declarando que la prisión preventiva oficiosa es inconvencional e incluso procede a citar la misma sentencia que citamos anteriormente del caso Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México, ello se advierte al dar lectura a la versión pública de la sentencia referida donde en su parte considerativa correspondiente al cumplimiento que debe dar la autoridad al amparo y protección de la justicia federal concedida debe: “3) Una vez escuchadas las partes en el debate respectivo, siguiendo los lineamientos expuestos en la presente sentencia, y atendiendo a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

en la sentencia del caso Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México, deberá analizar en primer término si el delito por el que se sigue la causa de origen amerita o no prisión preventiva oficiosa, determinando lo anterior, deberá considerar que la misma es inconvencional, por lo que deberá dar uso de la voz a la fiscalía parq que con base en los elementos objetivos que deriven de la investigación, exponga si existe necesidad de cautela a algún riesgo procesal probado que determine la imposición de una medida distinta, hecho lo anterior, resolverá lo conducente pudiendo imponer incluso la propia medida pero a partir de razones distintas a la mera oficiosidad”.

Como se desprende en dicho caso, la Jueza Federal, al conceder el amparo y protección de la justicia federal a la parte quejosa, ordena al Juzgador contra el cual se ejerció la demanda de amparo, declarar la inconvencionalidad de la prisión preventiva oficiosa, lo cual apoya nuestra postura de respaldar al Juez de Control de Nezahualcóyotl, Estado de México, en el sentido de declarar inconvencional la prisión preventiva oficiosa.

## CONCLUSIÓN

El tema de la prisión preventiva oficiosa, resulta muy complejo, pues como vimos en anteriores renglones, cada autoridad judicial tuvo una opinión distinta de la misma; sin embargo, queda claro que la resolución del Juez de Control de Nezahualcóyotl Estado de México, es la que debió subsistir para efecto que se considere a los Estados Unidos Mexicanos como un país garantista, que prioriza la Defensa de sus propios ciudadanos, que respeta en sus procesos penales, el principio de mínima intervención, igualdad, presunción de inocencia. Debemos procurar otorgar más independencia a los jueces, pues de esa manera se eliminaría la figura de la prisión preventiva oficiosa, siendo indispensable, el hecho que motiven las resoluciones en las que impongan medidas cautelares y permitirles encontrar sus razones para imponer las mismas y no ordenarles desde la abstracción de la Ley.

En definitiva, la abordaje jurídico apropiado a esta medida cautelar sin duda encuentra cobijo en la teoría del delito, ocasionando que se emitan resoluciones como la sentencia de

amparo que estudiamos; y si bien estamos de acuerdo en que no se le aplicara a la parte quejosa la prisión preventiva oficiosa, consideramos que debió ser, en virtud que la misma es inconvencional, no por el supuesto cambio del tipo penal, pues como ya lo expusimos el exceso de legítima defensa, no es una degradación del tipo penal, ni es un tipo penal atenuado, en su caso, tendría fundamento la Jueza Federal para considerar que en el asunto por los hechos que se cometieron de forma culposa, y así ordenar al Tribunal de Alzada, que lo hiciera, pero no coincidimos en que el homicidio cometido en “exceso de legítima defensa” sea una cuestión que deba incidir en el tipo penal, sino que el tema del exceso de legítima defensa, debe estudiarse en la sede de antijuricidad, por ser una causa de justificación defectuosa o incompleta, como constatamos con el Código Penal del Estado de México, el que hace referencia a los casos de exceso de legítima defensa, tendentes a la pena, más no así el tipo penal.

---

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BELING, E. (1906). Die Lehre vom Verbrechen, Verlag vom J.C.B. Mohr. Tuebingen.
- CARRARA, F. (1999). "Inmoralidad de la prisión provisional", Cuadernos de Política Criminal, núm. 67.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. (2001). Derecho Penitenciario, Tirant lo Blanch, Valencia.
- 
- GARCÍA VALDÉS, C. (1995). Comentarios a la legislación penitenciaria, Civitas. Madrid.
- LUZÓN PEÑA, D.-M. (1996). Curso de Derecho Penal Parte General, Tomo I. Universitas, España.
- PÉREZ CEPEDA, A. (2001). "El régimen penitenciario", VV.AA., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coords.): Manual de Derecho Penitenciario, Colex, Salamanca.
- Sentencia de Amparo, 408/2022 (Juzgado Quinto de Distrito en el Estado de México con Residencia en Nezahualcóyotl 28 de septiembre de 2022).

