

LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN MÉXICO

<El fundamento constitucional de la ‘*prima ratio*’ de las medidas cautelares, de un sistema procesal penal de corte “acusatorio”>

THE EX-OFFICIO PRE-TRIAL DETENTION IN MEXICO

<The constitutional basis of the precautionary measure’s “prima ratio”, in an “accusatory” criminal procedural system>

Juan Moreno Sánchez^{1 2**}

SUMARIO: I. Introducción. II. “Razones” político-criminales sobre la constitucionalización de la prisión preventiva oficiosa. III. *Númerus clausus* de los delitos que ameritan la prisión preventiva oficiosa en la reforma constitucional de 2008, y su ubicación en la legislación secundaria. IV. La reforma al artículo 19 constitucional en materia de *trata de personas* de 2011. V. La reforma al artículo 19 constitucional de 2019. VI. Contravenciones de la ‘*prima ratio*’ de las medidas cautelares de México, con los Derechos Humanos <ámbitos de protección doméstico e internacional>. VII. Conclusiones.

I. Introducción.

A nivel internacional, la prisión preventiva es un resabio inquisitorial que pone en entredicho la eficacia del Estado de derecho. Se trata de una medida cautelar de carácter personal, por virtud de la cual, una persona imputada de la comisión de un hecho presuntamente constitutivo de delito, es encarcelada sin haber sido declarada culpable, ni haberse dictado sentencia en su contra.

¹ Doctor en Ciencias Jurídico Penales; Profesor del Instituto Nacional de Ciencias Penales de la Fiscalía General de la República <INACIPE/FGR>; y Miembro Correspondiente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales <AMCP>.

^{2**} Me resulta una verdadera distinción el poder participar en este tributo al Dr. Daniel González Álvarez, cuya labor académica en México, durante el proceso de implementación de nuestro sistema acusatorio, resultó toral, dada su experticia teórico-práctica. Cual faro, los conocimientos transmitidos por el ahora homenajeado, nos guiaron en un mar de perplejidades sobre el garantismo penal; una voz realmente autorizada en la materia. Honor a quien honor merece.

La medida tiene como finalidad que el imputado no se sustraiga de la acción de la justicia, para lo cual, se restringe su derecho a la *libertad* (interdependiente con el *libre tránsito* y la *movilidad*), vulnerándosele también, el principio de *presunción de inocencia* que permea al *debido proceso*; todo ello a efecto de garantizar su comparecencia en todas las etapas del procedimiento penal. De ahí que su imposición tenga un carácter excepcional y proporcional, tal y como lo señalan los ordenamientos constitucionales de muchos países, los Tratados en materia de Derechos Humanos, así como las jurisprudencias nacional, y de órganos jurisdiccionales multinacionales.

Si bien, con la implementación del sistema procesal penal de corte acusatorio en México³, se constitucionalizaron los más los más modernos estándares garantistas, la regulación que el Poder constituyente realizó en torno de la prisión preventiva, se contrapone -a todas luces-, al espíritu de ese modelo. Claro ejemplo de ello, es la incorporación de la *prisión preventiva oficiosa*, dentro de nuestra Carta magna; que -desde nuestra óptica-, está concebida como ‘*prima ratio*’ del modelo adversarial, cuyo origen y desarrollo en el artículo 19 del Pacto Federal mexicano, así como su problemática en materia de Derechos Humanos, comentaremos, sucintamente, en este ensayo.

II. “Razones” político-criminales sobre la constitucionalización de la prisión preventiva oficiosa.

Hasta bien entrado el siglo XXI, el sempiterno debate sobre los presos sin condena, se torna como uno de los principales vejámenes en materia de Derechos Humanos de México. Los lineamientos constitucionales de la prisión preventiva, fueron recrudescidos por el modelo procesal penal de corte acusatorio, instaurado en la reforma constitucional al sistema de justicia penal de 2008⁴. A pesar de que la misma, buscaba

³ Modelo de justicia que, a la fecha de conclusión del presente trabajo, se encuentra consagrado por los artículos 16, párrafos tercero y decimocuarto; 17, párrafos quinto, sexto y octavo; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴ V. *DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008. Decreto por el que se reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

extirpar las prácticas inquisitoriales de nuestro sistema mixto, paradójicamente, la medida cautelar en comento cobró gran relevancia, como se advierte en los artículos 18, 19 y 20 de la Ley suprema mexicana.

En tal sentido, la incorporación de la “oficiosidad”, de la considerada *última ratio* de las medidas cautelares de carácter personal. Una contradicción para un modelo que pretendía alinearse con el garantismo penal en el que, lejos de acotarse sus alcances, por el contrario, se fortaleció en el artículo 19 constitucional; contradicción que, dicho sea de paso, comprueba la tesis doctrinal de que no existen, no han existido, y posiblemente nunca existirán, modelos procesales penales ciento por ciento puros. Las “razones” político-criminales para su constitucionalización, en el marco de la discusión de la reforma, fueron las siguientes:

Prisión preventiva y delitos graves. A la regulación de las medidas cautelares en aquellos casos en los que se trate de delitos graves y de delincuencia organizada se le da un tratamiento diverso. Se pretende evitar que se produzca con el tema de los delitos graves y la delincuencia organizada, lo que hasta ahora ha venido sucediendo, es decir, que sea el legislador ordinario el que en definitiva decida a qué casos se aplica la Constitución y cuáles requieren un tratamiento excepcional por tratarse de delitos graves o delincuencia organizada. Debe apreciarse que se requiere una regulación especial de las medidas cautelares cuando se trate de estos casos, sin embargo, las excepciones tienen que estar previstas en el propio Texto Constitucional, ya que si se hace un reenvío a la ley, inevitablemente se debilita el principio de supremacía constitucional.

Cuando por primera vez se creó el sistema de delitos graves para la procedencia de la libertad provisional bajo caución, se tenía el propósito de que éstos fueran excepcionales. No obstante, la experiencia estatal y federal ha mostrado que este sistema excepcional ha colonizado el resto del ordenamiento. Hoy por hoy existe un enorme abuso de la prisión preventiva, toda vez que la mayoría de los delitos están calificados como graves por la legislación ordinaria. Con la finalidad de superar este estado de cosas se impone que sea la propia Constitución la que

determine aquellos casos excepcionales, para los que bastará acreditar el supuesto material para que en principio proceda la prisión preventiva.

El propio artículo 19 constitucional establece la posibilidad de que los ordenamientos procesales de las entidades federativas y de la Federación, incorporen una excepción al diseño normativo de las medidas cautelares y de la prisión preventiva recién explicado. Se prevé que el Juez aplique prisión preventiva para los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios especialmente violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, si el Ministerio Público logra acreditar, en audiencia, las condiciones exigidas para vincular a proceso por esos delitos.

La decisión sobre medidas cautelares es evidentemente revisable, tan es así que expresamente se prevé que se podrá revocar la libertad de los individuos ya vinculados a proceso, cuando se acrediten los extremos previstos en la propia Constitución y de conformidad con lo que disponga la ley.⁵

Con base en lo anterior, se estimó la pertinencia de que fuese el juzgador, quien ordenase la prisión preventiva oficiosamente, con la única circunstancia de que el Ministerio Público acreditara, en audiencia, las condiciones exigidas por la propia Constitución⁶, para vincular a proceso a una persona imputada, en tratándose de: a) cuatro tipos penales <delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro>, b) medios comisivos <delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos>, y

⁵ *Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, con Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, del 12 de diciembre de 2007, págs. 33-34. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf> <consultada en 15 de septiembre de 2020>.

⁶ Esto es, cuando otras medidas cautelares no fuesen suficientes para: a) garantizar la comparecencia del imputado en el juicio; b) el desarrollo de la investigación; c) la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; y d) así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

c) tres bienes jurídicos <la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud>⁷.

Todo un galimatías conceptual, cuya finalidad fue la de quitar al legislador ordinario, la facultad de establecer los delitos graves que ahora, el Poder constituyente, fijaba “limitativamente”; empero, lejos de restringirse la procedencia de la medida cautelar que nos ocupa, se abría un abanico de posibilidades para la misma, en el marco de los llamados “delitos de alto impacto” <expresión propia de la jerga penal, que no jurídica>, los cuales aquejaban a nuestro país por aquella data.

De esta forma, el modelo acusatorio mexicano -cual contrato bancario- matizó los aparentes “candados” a la prisión preventiva, dentro del artículo 19 de la Ley de leyes, contemplando, una serie de supuestos que controvierten su esencia misma⁸. Situaciones que - cual verdad de Perogrullo-, violentan el principio de presunción de inocencia que, igualmente se incorporó -con todas sus letras-, dentro del primer párrafo del artículo 20 de la Carta magna, como la “gran novedad” de la reforma constitucional al sistema de justicia penal.

III. *Númerus clausus* de los delitos que ameritan la prisión preventiva oficiosa en la reforma constitucional de 2008, y su ubicación en la legislación secundaria.

Con la publicación del Decreto de reformas constitucionales de 2008, la procedencia de la prisión preventiva oficiosa siguió los planteamientos político-criminales expuestos en el punto anterior, quedando establecida dentro del segundo párrafo, segunda hipótesis, del artículo 19 constitucional; hipótesis sobre la cual han recaído dos reformas posteriores, cuyo desarrollo e implicaciones expondremos en este apartado. En aquella data, dicho numeral a la letra establecía:

(...). El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos

⁷ Mención especial requieren esos tres bienes jurídicos, en los que, evidentemente, se encuentra implícito un catálogo de tipos penales; para tales supuestos, el Poder reformador nos remite a la legislación secundaria.

⁸ Tal es el caso de la materia de *delincuencia organizada*, para la cual, la propia Constitución, restringe muchos de los principios, derechos y garantías del sistema acusatorio.

cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Por virtud de la lectura de este precepto, a continuación nos permitimos ubicar las normas secundarias, en las que se hallan tipificados los delitos en cuestión⁹; algunos de ellos son competencia exclusiva del ámbito federal, en tanto que otros, son también materia competencial del fuero común; para tal efecto, aludimos únicamente los contemplados por el primer fuero, siguiendo las disposiciones del artículo 167¹⁰ del el Código Nacional de Procedimientos Penales¹¹, relativo a las *causas de procedencia* de la prisión preventiva oficiosa.

1. En el caso de la *delincuencia organizada*, este es un delito que de manera *sui generis*, se encuentra tipificado en el noveno párrafo del artículo 16 de nuestra propia Constitución¹². Ésta dentro de su artículo 73, fracción XXI, inciso b, determina una regulación específica para dicha materia, es la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*; ordenamiento que desarrolla las diversas hipótesis sobre delincuencia organizada, en sus artículos 2o., 2o. Bis y 2o. Ter; en el segundo párrafo de su artículo 3o, consigna la procedencia de la medida cautelar, para todos esos supuestos.
2. El *homicidio doloso* está tipificado tanto a nivel federal como local. Se trata de un delito considerado como grave por la importancia del bien jurídico que protege; por lo que hace al *Código Penal Federal*, se contempla en sus artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323.

⁹ Ello con la finalidad de que el lector pueda remitirse, directamente, a los tipos penales en cita; su transcripción propiciaría que violentásemos la extensión permitida para nuestro documento.

¹⁰ Artículo que, en exceso de lo que mandata la Constitución, contempla la procedencia de la prisión preventiva oficiosa en otros delitos tipificados tanto por la legislación penal sustantiva federal; tales como el *genocidio* <149 Bis>; *terrorismo internacional* <artículos 148 Bis al 148 Quáter>; *tráfico de menores* <artículo 366 Ter>; así como por algunos contemplados en el *Código Fiscal de la Federación* <sobre estos últimos, la CNDH promovió, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una Demanda de acción de inconstitucionalidad, el 15 de noviembre de 2019>.

¹¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 5 de marzo de 2014.

¹² Párrafo que a la letra señala: “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”. Su tipificación dentro del precepto constitucional, ha sido objeto de innumerables críticas.

3. El delito de *violación*, igualmente es materia de regulación tanto federal como local. Dentro del primer fuero, está contenido en los artículos 265, 266 y 266 Bis de la legislación penal sustantiva federal.
4. Respecto del *secuestro*, sus diversos tipos penales se hallan consignados en la *Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro*; en términos de la misma, los imputados por la comisión de alguno de los delitos señalados sus artículos 9, 10, 11, 17 y 18, estarán sujetos a prisión preventiva oficiosa durante el proceso penal.
5. Los “delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos”, aluden a un *modus operandi* para cualquier conducta típica, en la que se utilizan -valga la redundancia-, las armas¹³ y explosivos regulados que señala la *Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos*; dado el carácter Federal de la ley, dicha materia no puede ser abordada por la legislación local.
6. Los “delitos contra la seguridad de la nación”, están tipificados en el Título Primero del *Código Penal Federal*¹⁴, escapando también de la regulación a nivel local. En dicho catálogo, ubicamos los delitos de:
 - a) *Traición a la patria* <artículos 123, 124, 125 y 126>.
 - b) *Espionaje* <artículos 127 y 128>.
 - c) *Terrorismo* <artículos 139 al 139 Ter>, y *terrorismo internacional* <artículos 148 Bis al 148 Quáter>. Respecto de este último, el artículo 167 de la legislación penal adjetiva nacional, extrapola una conducta que forma parte de los “delitos contra el Derecho internacional”, tipificados en

¹³ Olvidando el brocardo de que: “cuando la Ley no distingue, el intérprete no debe distinguir”, esta hipótesis, erróneamente se encasilló en el contexto de las armas, municiones y materia para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, utilizados -por regla general-, en los delitos cometidos en la modalidad de delincuencia organizada. Esta ambigüedad, como se mencionará más adelante, fue abordada por la reforma al artículo 19 constitucional de 2019 <sobre el particular, la nota 23>.

¹⁴ Cabe resaltar que este el primer bien jurídico tutelado por la legislación penal sustantiva federal mexicana, cuya orientación, para el año de 1931 en que fue expedida, era la protección del proyecto de nación de un país post revolucionario. De ahí la necesidad de que los otrora delitos de *lesa majestad*, comenzarán el “ranking” de la parte especial de dicho Código, para acaso apaciguar las pasiones políticas de aquella época.

el Título Segundo de la legislación penal sustantiva federal; consideramos que ello contraviene la norma constitucional.

d) *Sabotaje* <artículo 140, párrafo primero>.

e) Así como los delitos previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145.

7. Los delitos cometidos “contra el libre desarrollo de la personalidad”, en tratándose de los tipificados por el Título Octavo del *Código Penal Federal*, son:

a) *Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo* <artículo 201>.

b) *Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo* <artículo 202>.

c) *Turismo sexual* en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo <artículos 203 y 203 Bis>.

d) *Lenocinio* de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo <artículo 204>.

e) *Pederastia* <artículo 209 Bis>.

8. Finalmente, los *delitos contra la salud* están dentro de los supuestos que el legislador puede regular como delitos graves, y decretar que se aplique la prisión preventiva de manera oficiosa. Para el caso del *Código Penal Federal*, estos delitos son los previstos en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero, correspondientes al Título Séptimo del ordenamiento en cuestión.

IV. La reforma al artículo 19 constitucional en materia de *trata de personas* de 2011.

Con independencia a la multicitada reforma constitucional de junio de 2008, el constituyente mexicano incorporó a la lista de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, establecida en el artículo 19 de nuestra Ley suprema, al delito de *trata de personas*; ello en cumplimiento a los compromisos internacionales suscritos por nuestro país en materia del derecho penal internacional. De conformidad con el *DECRETO por el que se reforman los artículos 19, 20 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*¹⁵, la redacción de la segunda hipótesis, del segundo párrafo del primero los referidos numerales, quedaba en los siguientes términos:

(...). El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.¹⁶

El Primer Transitorio de la reforma de 2011 que ahora nos ocupa, definía su entrada en vigor para el día siguiente de su publicación. Pero para ese momento histórico, la misma recaía sobre un numeral constitucional que aún se encontraba en *vacatio legis*, problematizando con ello, los alcances del momento del inicio de su vigencia; *craso error* de nuestro órgano constituyente. De ahí que el Segundo Tribunal Colegiado en materia penal del Tercer Circuito del Poder Judicial de la Federación, hubo de aclarar esta situación dentro de la tesis aislada con registro digital número 2002360, bajo el rubro:

PRISIÓN PREVENTIVA. VACATIO LEGIS DEL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO. ARTÍCULO 19 SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL¹⁷.

¹⁵ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 14 de julio de 2011.

¹⁶ El subrayado es nuestro.

¹⁷ Tesis aislada; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012; Tomo 2; Pág. 1514. III.2o.P.11 P (10a.).

Tesis en cuya parte conducente, se determinaba que el Primero de los Transitorios de la reforma de 2001: “no tiene los efectos de derogar los diversos transitorios a que ya se encontraba sujeto el precepto constitucional en cita, desde el año dos mil ocho, en que se reformó de manera total, y hacer por tanto vigente su aplicación en forma plena aun cuando no se hayan satisfecho las demás condiciones que en tales transitorios se contienen, sino únicamente el de que desde el día siguiente a su publicación en el Diario Oficial de la Federación, entre en vigor tal adición al artículo ya antes reformado a fin de que ésta quede debidamente incorporada a su texto, y agregado un delito más a la lista de los que en su momento habrá lugar a decretar una prisión preventiva”.

En otro orden de ideas, el Segundo Transitorio de la reforma constitucional que glosamos en este apartado, estableció la obligación para el H. Congreso de la Unión, de expedir una Ley General en la referida materia de trata de personas. En cumplimiento a dicho mandato, en 2012 se publicó la *Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos*¹⁸, la cual abrogaba la *Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas*¹⁹. Con la entrada en vigor de aquella, se derogaban también los tipos penales que, en dicha materia de trata de personas, estaban previstos tanto en el *Código Penal Federal* como en los Códigos Penales locales; sobre el particular, la tesis jurisprudencial del Pleno del Alto Tribunal mexicano, con registro digital número 2005222, que determina:

TRATA DE PERSONAS. LA LEGISLACIÓN EMITIDA POR LOS ESTADOS DE LA REPÚBLICA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 124 CONSTITUCIONAL, EN LA QUE SE ESTABLECEN LOS TIPOS PENALES Y SANCIONES APLICABLES A AQUEL DELITO, DEBE CONSIDERARSE VIGENTE HASTA LA FECHA EN LA QUE ENTRÓ EN VIGOR LA LEY GENERAL RELATIVA²⁰.

¹⁸ Cfr. *Diario Oficial de la Federación* del 14 de junio de 2012.

¹⁹ Cfr. *Diario Oficial de la Federación* del 27 de noviembre de 2007

²⁰ Tesis jurisprudencial; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 2, Enero de 2014; Tomo I; Pág. 563. P./J. 44/2013 (10a.).

La ley general en materia de trata de personas <actualmente el vigor>, contempla, dentro de su Título Segundo, un amplio catálogo de tipos penales en torno al delito en cita; en términos de la fracción II, de su artículo 7: “Los imputados por la comisión de las conductas delictivas previstas en esta Ley estarán sujetos a prisión preventiva durante el proceso, excepto las previstas en los artículos 32, 33 y 34 de esta Ley.”

V. La reforma al artículo 19 constitucional de 2019.

La tendencia de la prisión preventiva oficiosa como ‘*prima ratio*’, para el éxito de las investigaciones a cargo del subsistema de procuración de justicia, ha sido acentuada tanto por el Presidente de la República, como por los legisladores federales; siendo una de las principales líneas de *control social* del proyecto político, que actualmente rige en el Estado mexicano, al que el primero ha denominado la “Cuarta Transformación”: la “4T”. Si bien en el discurso presidencial, sólo se pugnaba por la incorporación de la corrupción como “delito grave” <que, por cierto, es un yerro conceptual del que nos ocuparemos más adelante>, consecuencia lógica de esta estrategia, es la ampliación del catálogo de delitos sobre los que recae la medida cautelar en comento.

Para comprender este punto, es preciso revisar la breve cronología en la que se desarrolló la nueva reforma al artículo 19 constitucional, que fue producto de los trabajos del H. Congreso de la Unión, durante su primer periodo ordinario de sesiones, correspondiente al primer año de la LXIV Legislatura. Entre el 18 de septiembre de 2018 y el 19 febrero de 2019, las Cámaras de Senadores <como cámara de origen²¹> y Diputados <como cámara revisora>, formularon: un *Proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa*²².

Este proyecto buscaba la adición, al catálogo de delitos que merecen prisión preventiva oficiosa, de otros tipos penales de “alto impacto” y de grave afectación a la

²¹ Los grupos parlamentarios de la Cámara alta, presentaron siete iniciativas sobre este particular: tres del Partido del Trabajo <PT>, dos del Partido Revolucionario Institucional <PRI>, una del Movimiento de Regeneración Nacional <MORENA> y una del Partido Acción Nacional <PAN>.

²² El proceso legislativo en cuestión puede consultarse en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/docleg/64/236_DOEF_12abr19.pdf <consultada el 20 de agosto de 2020>.

vida, la dignidad y el patrimonio de las personas, además de otros que dañan gravemente el patrimonio del pueblo mexicano y la riqueza nacional, pervierten el ejercicio del poder público y afectan los avances de la construcción democrática; a saber, los delitos de: 1) abuso o violencia sexual contra menores; 2) feminicidio; 3) robo a casa habitación; 4) uso de programas sociales con fines electorales; “corrupción”²³, tratándose de los delitos de 5) enriquecimiento ilícito y 6) ejercicio abusivo de funciones; 7) robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades; 8) delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos²⁴; 9) delitos en materia de desaparición forzada de personas; 10) desaparición cometidas por particulares y; 11) delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea²⁵.

El 14 de noviembre de 2018 <en el *inter* de ese proceso legislativo>, el actual titular del Poder Ejecutivo Federal -en aquella data “presidente electo”²⁶-, presentó su *Plan (sic) Nacional de Paz y Seguridad 2018-2024*. Este documento consigna la necesidad de “erradicar la corrupción” <primero de los 8 ejes que le conforman>, refiriendo que: “una de las condiciones fundamentales para hacer frente a la inseguridad y la violencia es erradicar la corrupción, con lo cual los índices delictivos se reducirán en forma sustancial. Hay que tipificar la corrupción como delito grave”²⁷.

²³ En el “popurrí” de supuestos que ameritan prisión preventiva oficiosa, el constituyente mexicano engrosó su procedencia, únicamente para dos de los tipos penales en materia de “Delitos por hechos de corrupción”, como se explica líneas más adelante.

²⁴ Actividades ilícitas que, en la jerga penal mexicana, se conocen como “huachicol”; el robo de gasolina de los ductos se identifica como “huachicoleo”, denominándose al activo de esta conducta como “huachicolero”. Hacemos hincapié de que todas estas palabras, son de uso meramente coloquial.

²⁵ Ello para clarificar la ambigua interpretación que, sobre el precepto reformado en 2008, existía con relación a los “delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos”; expresión en la que únicamente se aludía a un *modus operandi* para cualquier delito, y no así, para los tipos penales que contempla el Título Cuarto de la *Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos*, en tratándose, *v. gr.*, de la *portación* y el *acopio* de armas y explosivos, cuya utilización está reservada para el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, según lo establecido por la invocada Ley.

²⁶ A pesar de que hasta el 1º de diciembre de 2018, Andrés Manuel López Obrador, debía rendir su protesta como Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, dieciséis días antes de comenzar su encargo constitucional, dio a conocer los rubros que constituyen el primer eje de políticas públicas de su administración.

²⁷ *Cfr. Plan Nacional de Paz y Seguridad 2018 – 2024*. Disponible en https://lopezobrador.org.mx/wp-content/uploads/2018/11/Plan-Nacional-de-Paz-y-Seguridad_.pdf <consultada el 15 de diciembre de 2018>.

Es de hacerse notar el énfasis que, el actual Gobierno de la República, realiza en torno al combate a corrupción <cuya persecución y sanción -que no prevención-, se tornan como ejes estelares de su política criminal>. Empero, este fenómeno ha sido mal dimensionado, pues la corrupción, propiamente dicha, engloba a una serie de conductas delictivas tipificadas en el Título Décimo del *Código Penal Federal*, actualmente bajo el rubro denominado “Delitos por hechos de corrupción”, en la que se consignan doce tipos penales²⁸. Esta errática postura, incidió en los trabajos del Poder Legislativo Federal que, lejos de “tipificar” otro delito <inflación penal>, optó por la incorporación de algunos de sus tipos, dentro catálogo de la prisión preventiva oficiosa; con ello, -acaso-, se da cierta congruencia a la misma²⁹.

El 4 de abril de 2019, las Cámaras del H. Congreso de la Unión aprobaron, sucesivamente, el *Decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa*, turnándose al Ejecutivo Federal para sus efectos constitucionales. Finalmente, el Decreto fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 12 de abril de 2019, en la que se consignó un nuevo texto para la segunda hipótesis, del segundo párrafo, del multicitado artículo 19 de la Carta magna mexicana, que a la letra señala:

(...). 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,

²⁸ A saber, los delitos de: 1) *ejercicio ilícito de servicio público*; 2) *abuso de autoridad*; 3) *coalicción de servidores públicos*; 4) *uso ilícito de atribuciones y facultades*; 5) *remuneración ilícita*; 6) *concusión*; 7) *intimidación*; 8) *ejercicio abusivo de funciones*; 9) *tráfico de influencia*; 10) *cohecho*; 11) *cohecho a servidores públicos extranjeros* y; 12) *enriquecimiento ilícito*.

²⁹ La tipificación de la corrupción quedó refrendada en el *Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024*, dentro de su primer eje denominado “Política y Gobierno”, cuyo apartado inicial se intitula “erradicar la corrupción, el despendio y la frivolidad”. Cabe mencionar que, con fundamento en el Apartado A, del artículo 26 constitucional, el Plan Nacional de Desarrollo <PND>, se erige como el principal instrumento de políticas públicas de cada Gobierno de la República, siendo obligación de la administración en turno, presentarlo, para precisar los fines del proyecto nacional, que la misma desarrollará durante su periodo de gobierno.

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.³⁰

Como es habitual es este tipo de reformas, la misma inició su vigencia al día siguiente de su publicación, tal y como lo dispone su Primer Transitorio. Por su parte, en el Segundo Transitorio se consignó que: “para los efectos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 19, materia de este Decreto, el Congreso de la Unión, en un lapso de 90 días siguientes a la publicación en el Diario Oficial de la Federación, deberá realizar las adecuaciones normativas necesarias para incluir en el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, y demás ordenamientos correspondientes las hipótesis delictivas a que se refiere el artículo 19.”

A la fecha de conclusión de este documento <10 de diciembre de 2020>, tales adecuaciones; que reformarán, adicionarán y en su caso, derogarán preceptos del *Código Penal Federal* y de otras tantas Leyes especiales; aún son materia de la agenda legislativa. Ello, además de transgredir el plazo constitucional referido en el párrafo anterior³¹, está generando malas interpretaciones dentro de los subsistemas de procuración e impartición de justicia; en este orden de ideas, no está por demás recordar que, en materia penal, se tiene que cumplir con el principio de *exacta aplicación de la ley*.

En consecuencia, omitiremos puntualizar los tipos penales en los que se encuentran contenidos, los “once” nuevos delitos que ameritan la medida cautelar en comento; tal y como sí lo hicimos en el apartado III de este este documento. En obvio del tema, nos concretamos a señalar que tales tipos penales, se ubican en la legislación penal

³⁰ El subrayado es nuestro.

³¹ Una *dispraxis* constante de las reformas constitucionales mexicanas. Hasta en tanto no se establezcan sanciones para los legisladores, por no generar las adecuaciones a las legislaciones secundarias en los plazos establecidos por el propio Pacto Federal, seguiremos teniendo esta nefasta costumbre.

sustantiva federal y en los siguientes ordenamientos: la *Ley General en Materia de Delitos Electorales*, la *Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas*; la *Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos*; la *Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos*; y la *Ley de Vías Generales de Comunicación*.³²

Optamos por esperar la conclusión de este, por demás desfasado proceso legislativo, para poder pronunciarnos con la debida fundamentación; nuestra opinión, en coincidencia con el criterio jurisprudencial recientemente emitido, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la contradicción de tesis con registro digital número 2022058, cuyo rubro señala:

PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN DELITOS EN MATERIA DE HIDROCARBUROS, PETROLÍFEROS Y PETROQUÍMICOS, ASÍ COMO EN MATERIA DE ARMAS DE FUEGO Y EXPLOSIVOS DE USO EXCLUSIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS. SU APLICACIÓN ESTÁ CONDICIONADA A QUE SE CUMPLA LO ORDENADO EN EL ARTÍCULO SEGUNDO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE DECLARA REFORMADO EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 12 DE ABRIL DE 2019 ³³.

VI. Contravenciones de la ‘*prima ratio*’ de las medidas cautelares de México, con los Derechos Humanos <ámbitos de protección doméstico e internacional>.

No se requiere ser docto en materia penal, para advertir que la prisión preventiva oficiosa, es una medida político criminal contraria a las directrices del *debido proceso*; expresión que engloban una multiplicidad de principios, derechos y garantías para el activo del delito, al tiempo que delimita los alcances de los actos de molestia, en contra de su *libertad* personal <el derecho mayormente afectado en un procedimiento penal>.

³² Hasta dónde tenemos conocimiento, en este paquete de reformas a la legislación secundaria, también se contemplan cambios a la Ley General de Salud y a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

³³ Jurisprudencia por contradicción de tesis; 10a. Época; Primera Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro 77, Agosto de 2020, Tomo III, página 2709. 1a./J. 33/2020 (10a.).

Por otra parte, la experiencia demuestra que esta medida no es eficaz ni en el combate a la delincuencia <acaso amedrentándola>, ni para mitigar los problemas en materia de seguridad <con los que, inicualemente, también se le ha justificado>.

Y es que la *libertad*, es un Derecho Humano de primera generación, consagrado al más alto nivel de nuestro derecho nacional, en los artículos 1o., 14 y 16 constitucionales, así como como por las principales normas de aplicación de los sistemas *universal* e *interamericano* de protección a los Derechos Humanos <a los que el Estado mexicano se encuentra adherido desde hace ya casi cuatro décadas>, que son los artículos 9 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y 7 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* <que en México se conoce, coloquialmente, como el “Pacto de San José”>.

Para salvaguardar este derecho, durante la última década del siglo próximo pasado, se pretendió acotar la utilización excesiva de la medida cautelar que nos ocupa, la cual, allende de violentar el principio de *progresividad* de los Derechos Humanos, genera retrocesos en este ámbito. Claro ejemplo de ello fue de la creación de la figura del “arraigo”³⁴, dentro de la legislación penal adjetiva mexicana; medida que -en la *praxis*-, resultaba más lesiva que la prisión preventiva, mereciendo un sinnúmero de críticas nacionales <por no contemplarse en la Constitución> e internacionales <por ser inconvencional³⁵>, lo que finalmente propició su regulación en el artículo 16 constitucional, contextualizándose en la vertiente de seguridad pública, de la varias veces citada reforma de junio de 2008.

A pesar de que el constituyente ha buscado establecer un catálogo restrictivo y excepcional, de los supuestos en los que procede la aplicación de la prisión preventiva oficiosa, su reiterado engrose en el artículo 19 de nuestra Carta magna es -a todas luces-, vejatorio de los Derechos Humanos, siendo objeto de numerosos estudios académicos, criterios jurisprudenciales, y posicionamientos institucionales; en este último caso, la Comisión Nacional de Derechos Humanos <CNDH>, estableció que: “resulta menester

³⁴ Sobre el particular, existen una multiplicidad de estudios y criterios jurisprudenciales.

³⁵ Por ser violatorio de los artículos 9.3 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; tratados ratificados por el Estado mexicano.

precisar que es preocupante para este Organismo Nacional que se continúe ampliando el catálogo de delitos por los cuales procede de manera oficiosa la prisión preventiva, pues ello resulta contrario a la salvaguarda de los derechos humanos a la libertad y a la presunción de inocencia”³⁶.

Este panorama se había ensombrecido aún más, por virtud de la doble reglamentación de la prisión preventiva oficiosa que, legislaturas como las del estado de Aguascalientes, realizaron al incorporar un catálogo propio de tales supuestos, dentro de su codificación penal local. De acuerdo a la CNDH, esta situación: “se traduce en la inobservancia del nuevo marco constitucional y legal en materia procesal penal y en la procedencia de dicha medida cautelar, lo cual implica una transgresión al derecho fundamental de seguridad jurídica y al principio de legalidad de los gobernados, puesto que el Congreso de Aguascalientes actuó en transgresión al régimen competencial constitucionalmente previsto”³⁷.

En el plano internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos <CIDH>, dentro de su *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*³⁸ de 2017, se pronunció sobre la necesidad de restringir la medida cautelar en comento, precisando en el párrafo 88 del texto en cuestión, que: “cualquier consideración relativa a la regulación, necesidad o aplicación de la prisión preventiva debe partir de la consideración al derecho a la presunción de inocencia, y tener en cuenta la naturaleza excepcional de esta medida y sus fines legítimos. La CIDH reitera que la norma que excluye la posibilidad de aplicar otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva en razón de la pena fijada para el delito imputado, ignora el principio

³⁶ V. *Demanda de acción de inconstitucionalidad 130/2019*, presentada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 15 de noviembre de 2019, en contra de los artículos 5, fracción XIII, de la Ley de Seguridad Nacional; 167, párrafo séptimo, fracciones I, II y III, del Código Nacional de Procedimientos Penales; y 113 Bis del Código Fiscal de la Federación, publicados el 8 de noviembre de 2019 en el Diario Oficial de la Federación, pág. 28.

³⁷ V. *Demanda de acción de inconstitucionalidad 84/2019*, presentada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 7 de agosto de 2019, en contra de los artículos 75-A, fracciones V, XII, XIII, XIV, XV y XVI, y 107, último párrafo, en la porción normativa “privándose además al responsable de los derechos familiares que le correspondan, incluidos los de derecho sucesorio”, ambos del Código Penal para el Estado de Aguascalientes, pág 16.

³⁸ Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf> <consultada el 14 de julio de 2019>.

de necesidad consistente en la justificación de la prisión preventiva en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurren a éste. En este sentido, de acuerdo con dicho criterio, la prisión preventiva sólo procederá cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso, tras demostrarse que otras medidas cautelares menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines.”

En el punto “B” de las recomendaciones a los países miembros del sistema americano de protección a los Derechos Humanos, del Informe arriba citado, la CIDH se pronunció por la “erradicación de la prisión preventiva como pena anticipada”, señalando la necesidad de que las naciones intensifiquen esfuerzos y asuman la voluntad política necesaria, para eliminar el uso de la prisión preventiva como herramienta de control social, o como forma de sanción anticipada. Dicho organismo advierte que: “es esencial que se envíe desde los niveles más altos del Estado y la administración de justicia un mensaje institucional de respaldo al uso racional de la prisión preventiva y al respeto del derecho presunción de inocencia”.

Y es que, para países como el nuestro, mención especial requiere la aplicación de la prisión preventiva, precisamente como una pena anticipada, en tratándose de delitos de alto impacto social³⁹, o bien, para aquellos imputados a personas que se han desempeñado en el servicio público, pero que no forman parte del catálogo de delitos graves⁴⁰. Esto acarrea la sobrepoblación penitenciaria, de la que dan cuenta las más diversas fuentes estadísticas; al grado de que la misma CNDH, refiere que el sistema penitenciario está en crisis. En México, el debate sobre los presos sin condena, pareciera no tener fin.

VII. Conclusiones.

³⁹ Tal es el caso del ex gobernador de Sonora Guillermo Padrés Elías que, tras cumplir dos años en prisión preventiva <la máxima duración de esta medida cautelar>, por los delitos de *operaciones con recursos de procedencia ilícita y defraudación fiscal*, en febrero de 2019 fue puesto en libertad por un juez federal, debido a que no había elementos para procesarlo.

⁴⁰ Otro caso que desde comienzos de agosto de ese 2019, sacudió a la opinión pública mexicana, es el de la ex Jefa de Gobierno y ex Secretaria de Estado, María del Rosario Robles Berlanga, a quien se le imputa el delito de *ejercicio ilícito de servicio público*, que no es delito grave en términos del artículo 19 constitucional, reformado en el mismo año. A pesar de ello, le fue decretada la “*prima ratio*” de las medidas cautelares, si bien se había presentado sin coacción alguna, a las primeras diligencias procedimentales de la conducta ilícita que se le imputa, situación que puso en entredicho el garantismo que rige a nuestro proceso penal.

El garantismo penal que informó nuestra reforma constitucional de 2008, encontró, en la prisión preventiva oficiosa, una contradicción *per se*, al modelo acusatorio que enarbolaba. De ahí que en el presente ensayo, efectuásemos una panorámica de esta medida cautelar que, lejos de acotarse, se ha ido ampliando en el Pacto Federal; legitimando, desde el más alto rango normativo, su utilización en un proceso que se reputa garantista.

Por ello, estimamos que la orientación político-criminal de la legislación penal adjetiva mexicana -en los hechos-, pareciera concebir a la prisión preventiva oficiosa como '*prima ratio*', tal y como se advierte en el segundo párrafo, segunda hipótesis, del artículo 19 de nuestra Constitución; en el que se establece su procedencia dentro de un extenso catálogo de delitos, medios comisivos y por la afectación de bienes jurídicos sancionados por otros tantos tipos penales <todo un *popurri*>.

Consideramos que el uso excesivo de la prisión preventiva oficiosa, deteriora nuestro frágil Estado de derecho, pues lejos de abatir la impunidad, aumentará la desconfianza social en las instituciones y órganos del sistema de justicia penal mexicano, propiciando que las personas imputadas de la comisión en un hecho presuntamente constitutivo de delito, se sustraigan de la acción de la justicia, sabedoras de que aquellas, lejos de garantizarles un *debido proceso*, vulnerarán sus Derechos Humanos. Al tiempo.