

## CONSTITUCIÓN Y REGRESIÓN PENAL. PRISIÓN PREVENTIVA\*

### *Constitution and Criminal Regression. Pre-Trial Detention*

Sergio GARCÍA RAMÍREZ\*\*

#### Sumario:

I. Introducción II. La corriente procesal punitiva en América Latina III. México hacia la reforma procesal de 2019 IV. Consideraciones sobre la prisión preventiva oficiosa V. Fuentes

**Resumen:** Al interior del Estado de derecho, la relación entre el orden constitucional y el sistema penal es expresada en la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de sus intereses materiales primarios. Sin embargo, hay puntos críticos entre las exigencias del constitucionalismo liberal y los requerimientos del orden penal. Tal es el caso de las medidas cautelares en el procedimiento penal, previstas por la Constitución y detalladas por las disposiciones secundarias del enjuiciamiento penal, materia contemplada en la caudalosa reforma procesal que avanzó en América Latina al final del siglo XX y sigue adelante en el XXI. En las siguientes páginas me ocuparé directamente de lo que la norma constitucional mexicana denomina prisión preventiva oficiosa.

**Palabras clave:** sistema penal, orden constitucional, prisión preventiva oficiosa, medidas cautelares en el procedimiento penal, derechos humanos, regresión penal.

**Abstract:** Within the Rule of Law, the relationship between the constitutional order and the penal system is expressed in the protection of the fundamental rights of citizens and their primary material interests. However, there are critical points between the demands of liberal constitutionalism and the requirements of the criminal order. Such is the case of the precautionary measures in criminal procedure, provided for by the Constitution and detailed by the secondary provisions of criminal prosecution, a matter contemplated in the extensive procedural reform that advanced in Latin America at the end of the twentieth century and continues in the twenty-first. In the following pages I will deal directly with what the Mexican constitutional norm calls informal pretrial detention.

**Keywords:** criminal justice system, constitutional order, informal pretrial detention, precautionary measures in criminal proceedings, human rights, criminal regression.

\* Como se indica en el cuerpo de este artículo, el presente texto incorpora o reproduce trabajos previos del autor, especialmente el denominado “La regresión penal”, que forma parte de la obra del mismo título (en coautoría con el doctor Juan Silva Meza, expresidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y con prólogo del doctor Pedro Salazar Ugarte): *Sistema penal: errores y desvíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020. Véase reseña bibliográfica de ASTRAIN BAÑUELOS, Leandro Eduardo, “Regresiones penales: requiem al Derecho penal humanista”, *Ciencia Jurídica*, año 9, núm. 18, pp. 179-183, <https://doi.org/10.15174/cj.v9i18.356>

\*\* Profesor Emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigador Emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ha sido procurador general de la República, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

## I. Introducción

Las preocupaciones de nuestro tiempo, sus riesgos y desafíos, han destacado cada vez más la relación entre el orden constitucional y el sistema penal. Los constitucionalistas vuelven la mirada hacia la normativa sobre los delitos, las penas y el enjuiciamiento penal, y aportan puntos de vista y apremios que exponen los valores y principios del constitucionalismo contemporáneo. A su vez, los penalistas recurren al ordenamiento constitucional, sus orientaciones y razones, para revisar y actualizar la preceptiva penal, en trance de reforma.

Este movimiento ocurre al amparo y bajo el impulso de lo que solemos llamar Estado de derecho, garantía de la sociedad democrática. En otra ocasión he mencionado que “la democracia demanda cierto sistema penal y un tipo de proceso —o unos tipos de procesos— que la expresen y correspondan: el garantismo sería su signo característico”<sup>1</sup>. Me refiero, lo destaco, a la democracia en sentido amplio, tanto en su dimensión política como en su manifestación sustancial “que se expresa en la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de sus intereses materiales primarios”<sup>2</sup>.

Esta tendencia arraiga en la doctrina y en la jurisprudencia y establece un marco para el desenvolvimiento del orden punitivo que apunta hacia el denominado “derecho penal mínimo”, es decir, el empleo del aparato punitivo cuando resulta estrictamente necesario, con racionalidad y medida, como lo postuló el famoso párrafo con el que César Beccaria culminó su obra revolucionaria —*De los delitos y de las penas*— hace un cuarto de milenio<sup>3</sup>. Es así como el derecho penal —*lato sensu*— “ha de encontrarse en último lugar y entrar sólo en liza cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden público”. La “hipertrofia cualitativa” del derecho penal caracteriza al Estado totalitario<sup>4</sup>. En suma, el “principio de la intervención mínima se ha colocado en el centro de la tensión entre Estado democrático y Estado social, desplegando en la legislación penal contemporánea una función catárquica”<sup>5</sup>.

Sin embargo, hay puntos críticos en este enlace entre las exigencias del constitucionalismo liberal y los requerimientos del orden penal. No me detendré en el examen amplio de este asunto. Por ahora me referiré solamente a un tema de importancia superlativa que suscita constantes debates: las medidas cautelares en el procedimiento penal, previstas por la Constitución y detalladas por las disposiciones secundarias del enjuiciamiento penal, materia contemplada en la caudalosa reforma procesal que avanzó en América Latina al final del siglo XX y sigue adelante en el XXI.

## II. La corriente procesal punitiva en América Latina

En principio, la orientación acusatoria de la reforma procesal penal sugeriría la reducción —acaso la desaparición— de medidas privativas de la libertad mientras se halla en marcha un

<sup>1</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Panorama del proceso penal*, México, Porrúa, 2004, p. 16.

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Capítulo Criminológico*, 16, 1988, p. 3.

<sup>3</sup> “Para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes”. *De los delitos y de las penas*, 1ª reimp., trad. Juan Antonio de las Casas, ed. facsimilar con estudio introductorio de Sergio García Ramírez, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 323.

<sup>4</sup> MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, t. I, pp. 31-32.

<sup>5</sup> GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, Editorial de la Universidad de Castilla La Mancha, 1996, p. 53.

proceso que pende sobre un sujeto al que se considera presunto inocente. ¿Cómo suprimir o reducir los derechos de quien debe ser tratado bajo ese título protector? Existe una evidente tensión entre la presunción de inocencia y la restricción de derechos del sujeto amparado por esa presunción (o ese principio del procedimiento penal), sobre todo cuando esa restricción afecta un derecho de tan elevado rango, como es la libertad.

A pesar del clamor adverso a la prisión preventiva, esta se mantiene dondequiera —con diversa intensidad— y en ocasiones se aplica en forma creciente y severa. Los clásicos admitieron la privación cautelar de la libertad solamente cuando fuera indispensable para evitar la sustracción del imputado a la justicia o asegurar el debido desarrollo del proceso, nunca como anticipación de la pena: “expiación anticipada”, señala un ilustre tratadista<sup>6</sup> —que sería un despropósito— o instrumento generalizado de prevención criminal<sup>7</sup>.

La misma orientación ha seguido la doctrina procesal más avanzada. En este sentido marcha también, con entera claridad, la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos, que ha debido pronunciarse en un buen número de casos a propósito de los términos y la aplicabilidad de la prisión preventiva<sup>8</sup>. Cabe señalar desde luego que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha cargado el acento sobre el carácter cautelar, no punitivo, de la preventiva, y ha sostenido que, siendo esta “la medida más severa que se le puede aplicar al imputado por un delito (...) debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”<sup>9</sup>.

No obstante el parecer adverso a la prisión preventiva y la exigencia de sustituirla crecientemente por otra herramienta cautelar, que invada menos el ámbito de derechos y libertades del “presunto inocente”, algunos Estados han echado mano de aquella medida para enfrentar una creciente ola criminal, tanto de corte tradicional como de perfil “evolucionado”. Esta exasperación punitiva —que tiene raíz en la angustia social y la ineficacia preventiva— ha determinado la adopción de figuras anómalas de prisión preventiva, incorporadas al texto constitucional.

Sobre ese auge del crimen —tanto tradicional como evolucionado— escribí en otra ocasión: “la declinación de los métodos no punitivos de control social, el desconcierto —o envejecimiento— de las instituciones encargadas de la seguridad pública y la persecución del delito, la exasperación social que reclama soluciones inmediatas y fulminantes, la reaparición de falsos o reales dilemas —seguridad o derechos humanos, *crime control o due process*—, la respuesta

<sup>6</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Derecho procesal civil y penal. Principios del proceso penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1971, t. II, pp. 188-189.

<sup>7</sup> Beccaria se refirió a la prisión cautelar —con otras palabras— como “una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás. Preceder a la declaración del delito”. *De los delitos...*, cit., p. 284. (“De la prisión”). Al referirse a la preventiva, Francesco Carnelutti señala: “se insinúa un tipo intermedio de sanción, que no es ni restitución ni penitencia: hablando con precisión se le debería dar el nombre de medida coercitiva. Su carácter está en que la misma no ejercita su función satisfactiva, como la restitución, ni función liberatoria, como la penitencia, sino exclusivamente una función preventiva: ne peccetur”. *Derecho procesal civil...*, cit., p. 50.

<sup>8</sup> Examino los lineamientos de esa jurisprudencia en mi libro *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, 3ª. ed., México, Porrúa, 2016, pp. 61-62.

<sup>9</sup> Véase sentencias de la Corte Interamericana en los casos *Tibi*, párrs. 106 y 180; *Bayari*, párr. 110; *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez*, párr. 145-146; *Acosta Calderón*, párrs. 74 y 111; *Suárez Rosero*, párr. 77; *Instituto de Reeducción del Menor*, párr. 228, y *Ricardo Canese*, párr. 129. Asimismo, cfr. BIGLIANI, Paola, BOVINO, Alberto, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2008, pp. 35-36.

política institucional o providencial, son otros tantos factores en la cuenta desfavorable del proceso penal de signo democrático”<sup>10</sup>.

En consecuencia, algunas normas constitucionales supuestamente informadas por la orientación del derecho penal mínimo han acogido disposiciones de derecho penal máximo<sup>11</sup> —que constituyen, en esencia, manifestaciones del denominado “derecho penal simbólico” o del “derecho penal del enemigo”<sup>12</sup>— para disuadir a los infractores potenciales, es decir, a los individuos “peligrosos”, y satisfacer la exigencia de seguridad que crece en una sociedad agraviada y temerosa.

Obviamente, la amplitud que ha cobrado el uso de la prisión preventiva arroja consecuencias inquietantes en materia penitenciaria. El Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Justicia Penal (ILANUD) ha estudiado los problemas inherentes a la elevada población penitenciaria de presos sin condena<sup>13</sup>. Varios países cuentan con inquietantes estadísticas sobre la misma cuestión, que ha sido fuente de disturbios carcelarios.

### III. México hacia la reforma procesal de 2019

En México, esta corriente punitiva se ha abierto paso en una serie de reformas constitucionales iniciadas en 2008<sup>14</sup> y ampliadas en 2019<sup>15</sup> en lo que respecta a la prisión preventiva, como en otros ámbitos que no pretendo examinar ahora. Fue en aquel año, fecha de revisión amplia del orden constitucional procesal penal, que ciertamente aportó novedades plausibles —pero

<sup>10</sup> Cfr. GARCÍA RAMÍREZ S., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Luis Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (coord.), Cuenca, Ed. de la Universidad de Castilla La Mancha/Ed. Universidad Salamanca, 2001, vol. I, p. 300.

<sup>11</sup> Refiriéndose a México, la profesora Olga Islas de González Mariscal señala: “se avizora un derecho penal máximo, en vez de uno mínimo. El legislador crea nuevos tipos penales, amplía los ya existentes y eleva irracionalmente las punibilidades”. “El desarrollo del Derecho penal mexicano en el siglo XX”, en *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 812.

<sup>12</sup> Hay un creciente examen sobre las aplicaciones del derecho penal del enemigo en el orden jurídico mexicano, que se agregan a la copiosa bibliografía sobre este tema, expuesto por Günther Jakobs, quien hace notar que no ha habido argumentación contraria a sus ideas que resuelva el problema de los delinquentes peligrosos. Cfr. JAKOBS, Günther, “En los límites de la orientación jurídica. Derecho penal del enemigo”, en Jakobs, Günther, y Polaino-Orts, Miguel, *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, México, Flores, 2013, p. 16. En nuestra doctrina reciente sobre la materia figuran GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *La delincuencia organizada. Algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales*, Guanajuato, Ubijus-Universidad de Guanajuato, 2012; ASTRAIN BAÑUELOS, Leandro Eduardo, *El Derecho penal del enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, Madrid, Marcial Pons, 2017; y ROJAS VALDEZ, Eduardo, “El Derecho penal del enemigo: ¿condición o negación del Estado constitucional?”, *Criminalia*, México, nueva época, año 82, 2, pp. 217 y ss. Asimismo, cfr. GARCÍA RAMÍREZ & ROJAS VALDEZ, *Evolución y resultados de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

<sup>13</sup> Cfr. CARRANZA, Elías, HOUED, Mario, MORA, Luis Paulino & ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe. Estudio comparativo estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno*, San José, Costa Rica, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1983, esp. pp. 22, 25-26, 33 y 49-50. Los autores proponen “desinstitucionalizar” la prisión preventiva. *Ibidem*, pp. 19 y 49.

<sup>14</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008. Véase mi análisis de la prisión preventiva bajo la reforma de 2008 en mis libros *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, 5ª. ed., México, Porrúa, 2016, pp. 99 y ss.; y *El procedimiento penal. Constitución y Código Nacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Porrúa, 2018, pp. 597 y ss.

<sup>15</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 12 de abril de 2019. Analizo esta reforma en *Seguridad y justicia penal. Plan Nacional y reforma constitucional. El difícil itinerario hacia un nuevo orden*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Porrúa, 2019, pp. 123 y ss.

también soluciones cuestionables—, cuando se introdujo en la ley suprema de México la figura de “prisión preventiva oficiosa”, esto es, imperiosa privación de libertad del imputado sin requerimiento del Ministerio Público ni libre apreciación judicial. De ahí la calificación de “oficiosa” que la propia Constitución aplica a la privación cautelar de la libertad en un número cada vez más amplio de hipótesis delictivas.

Cuando se aprobó la reforma de 2008, a propósito de la figura que ahora examino, formulé un enfático cuestionamiento que he reiterado: esa reforma —sostuve— ha incurrido en el desacierto de prever algunos supuestos de prisión preventiva forzosa, inexorable —aunque no utiliza estos términos— y con ello ha caído nuevamente en inconsecuencia con reglas internacionales sobre la materia, y desde luego con la orientación misma de la medida cautelar conforme a los principios que informan la mejor parte de la legislación nacional<sup>16</sup>.

Los problemas en el interior de las prisiones se agravaron al empuje de nuevas circunstancias, como la pandemia de coronavirus que ha afectado fuertemente la vida de nuestros países. Si este problema incide severamente en el conjunto de la vida social, es aún mayor su gravedad en las prisiones sobrepobladas y carentes de espacios y recursos adecuados para hacer frente a un problema de esta magnitud. Esto motivó, inclusive, la adopción de medidas urgentes de amnistía, como la emitida en México en 2020<sup>17</sup>.

En diversos libros y artículos, citados en este trabajo, me he ocupado de la materia que ahora examino y que a mi juicio entraña una verdadera “regresión penal”<sup>18</sup>. De aquellos tomo las ideas e incluso varios párrafos incluidos aquí. Para integrar estas notas me he valido mayormente del texto que aporté al libro, citado supra, del que somos coautores el doctor Juan Silva Meza, expresidente de la Suprema Corte de Justicia, y yo<sup>19</sup>. En todo caso, estas páginas pueden acompañar las reflexiones de constitucionalistas y penalistas que mantienen viva la devoción por el imperio del orden constitucional propio de una sociedad democrática, que por supuesto no implica, en modo alguno, indefensión social frente a la criminalidad. En las siguientes páginas me ocuparé directamente, pues, de lo que la norma constitucional mexicana —y en pos de ella la norma secundaria— denomina prisión preventiva oficiosa.

Vayamos hacia atrás en el ordenamiento constitucional mexicano que ha desembocado en la actual regulación de la prisión preventiva oficiosa. Durante mucho tiempo la posibilidad de imponer prisión preventiva se asoció a la punibilidad correspondiente al delito imputado, referencia que en buena lógica identifica la gravedad de la conducta ilícita que se atribuye a una persona. Si la media aritmética de la prisión aplicable excedía de cinco años —decía la fracción I del artículo 20 constitucional—, se impondría prisión preventiva; en otros casos procedería la libertad bajo caución o bajo palabra.

Posteriormente se excluyó la libertad provisional cuando se tratase de delito “en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio” (reforma de 1993 a dicha fracción I del artículo 20 constitucional). Por lo tanto, la identificación de los delitos graves quedó a cargo de la ley secundaria, que estableció una creciente relación de delitos que merecían esa

<sup>16</sup> *Cfr. La reforma penal constitucional...*, cit., p. 104.

<sup>17</sup> La ley de amnistía, publicada el 22 de abril de 2020, tiene alcance federal. En consecuencia, es inaplicable a imputados o sentenciados del orden común que constituyen la gran mayoría de los sujetos a proceso o reclusión. La misma ley excluye de su ámbito a los inculcados por delitos que aparezcan prisión preventiva oficiosa (artículo 2º), que es la figura cautelar que se examina en este artículo. Sobre aquella ley, *cfr. mi artículo “Amnistía: ¿olvido, perdón, reparación?”*, *El Mundo del Abogado*, México, año 21, noviembre de 2019, pp. 44 y ss.

<sup>18</sup> *La reforma penal constitucional...*, cit. pp. 99 y ss.; *El procedimiento penal. Constitución y Código...*, cit., pp. 597 y ss., y *Seguridad y justicia penal...*, cit., pp. 123 y ss.

<sup>19</sup> *Sistema penal: errores...*, cit.

calificación. Esto implicó restricciones a la libertad desvinculadas del sustento natural de la preventiva, que debe ser ponderada en virtud de las circunstancias de cada caso y no depender de categorías de delitos o series de imputados.

Esta desviación llegó hasta la reforma constitucional de 2008 —la más extensa incorporada al muy reformado texto constitucional sobre cuestiones del proceso penal—, que modificó a fondo el régimen de la libertad provisional y la prisión preventiva. En el artículo 19 apareció un régimen dual sobre esta medida cautelar. En la primera proyección de ese régimen se recogió el principio de inocencia y libertad provisional para la mayoría de los casos, con posibilidad de aplicar la preventiva, ponderadamente, si lo solicita el Ministerio Público —y el juez lo admite—, “cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”.

Esta regulación de la preventiva se atuvo, relativa y limitadamente, a las razones que justifican la medida y supone una ponderación por parte del M.P., que solicita la privación de libertad en supuestos que racionalmente la justifican (que son los previstos en la primera parte del precepto), y una apreciación a cargo del juzgador, que resuelve la restricción de la libertad valorando las pruebas y los argumentos que suministra el Ministerio Público. En otros términos, excluye la preventiva a “rajatabla”, por disposición del legislador, que no toma en cuenta —ni podría hacerlo, obviamente, porque no interviene en el procedimiento— las circunstancias del imputado y del proceso mismo, y deposita la responsabilidad de la decisión —en sucesivas etapas— en quienes debe asumirla: el M.P. solicitante y el juzgador.

En la segunda proyección del régimen dual que he mencionado, el mismo precepto constitucional estipuló el supuesto de prisión preventiva “oficiosa”, es decir, forzosa, inexorable, necesaria (se dice que el juez “ordenará”, no que “podrá ordenar”), “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 la salud”.

En suma, se dispuso la prisión preventiva oficiosa en relación con nueve categorías delictivas. Algunas abarcan numerosos delitos específicos. Esta forma de prisión preventiva pone de lado, radicalmente, la naturaleza de la prisión preventiva como medida cautelar para preservar el proceso, desecha la ponderación ministerial y judicial y abre la posibilidad de que el legislador —penal y procesal— amplíe constantemente la relación de delitos que ameritan restricción procesal de la libertad del sujeto supuestamente cubierto por la presunción o el principio de inocencia.

En un comentario que formulé acerca de esta preventiva oficiosa, cuestionando a fondo la discusión del Constituyente Permanente, deploré que el dictamen de los diputados —base de la aprobación del precepto— no incluyera razonamiento alguno acerca de la pertinencia de la preventiva oficiosa<sup>20</sup>. Sin embargo, parece obvio que el legislador se plegó a los argumentos que solicitaban el agravamiento de las más severas medidas penales, ante la inoperancia y la ineficacia de otros medios de los que puede y debe valerse la autoridad para conciliar la seguridad

<sup>20</sup> *Cfr. La reforma penal constitucional...*, cit., p. 104.

pública con los principios que deben guiar la regulación del proceso penal en un Estado de derecho. La ineficiencia preventiva se resuelve con golpes normativos.

Así llegamos a la reforma procesal de 2019, que ha invocado constantemente la crisis de seguridad que se padece en México, el incremento desmedido de la criminalidad y la incompetencia de los órganos llamados a proveer seguridad y justicia, al lado de otros datos muy preocupantes —que no ignoramos, desde luego—, para radicalizar la actuación punitiva del Estado. No hay duda sobre la existencia de aquella crisis: la reconoce el legislador y la padece la sociedad<sup>21</sup>.

En virtud de lo anterior, la reforma constitucional de 2019 trajo consigo otra flagrante regresión en el régimen del proceso penal, que acentuó su distancia con respecto a las exigencias del orden democrático: en vez de corregir las desviaciones introducidas en 2008, dio nuevos pasos en ese camino —que implican regresión penal—, al ampliar el catálogo de delitos cuya imputación motiva la prisión preventiva oficiosa.

Dos palabras sobre el desarrollo de este asunto en el foro legislativo. En la Cámara de Senadores, cuerpo de origen de la reforma, que tuvo a la vista varios proyectos, se incrementó notablemente el catálogo de delitos para la operación de la prisión preventiva oficiosa<sup>22</sup>. La minuta del Senado llegó a la Cámara de Diputados, cuerpo revisor en este proceso, cuya Comisión de Puntos Constitucionales consideró necesario reducir —es decir, moderar, disminuir, racionalizar, si cabe la expresión— la retahíla de delitos que implicarían prisión preventiva, sin ignorar los argumentos derivados de la inseguridad y la impunidad que prevalecen en el país (pero que deben ser atendidos con otras medidas). En su dictamen, esa comisión tomó en cuenta la jurisprudencia sobre prisión preventiva elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>23</sup>.

Los diputados autores del dictamen al que ahora me estoy refiriendo recogieron los razonamientos expuestos desde las dos trincheras abiertas durante el debate de esta cuestión. Al referirse a los adversarios de la preventiva oficiosa señalaron los argumentos aportados por estos: “esa tendencia (a extremar la preventiva) es violatoria de la presunción de inocencia, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial, igualdad, integridad de las personas y el principio de progresividad de los derechos humanos, principalmente”<sup>24</sup>.

Colocada ante el dilema de atender los argumentos de quienes elevaron la voz en contra de la desmesura punitiva o acoger los puntos de vista que traía consigo la minuta del Senado,

<sup>21</sup> Doy cuenta de las reiteradas denuncias acerca de la inseguridad y la criminalidad prevalecientes, señalamientos que figuran en documentos oficiales explicativos de las reformas prohijadas en 2018 (*Plan Nacional de Seguridad y Paz 2018-2024*, del 14 de noviembre de 2018) y realizadas en 2019, año de cambios constitucionales, en mi libro *Seguridad y justicia penal...*, cit., esp. pp. 7 y ss. Se dice, por ejemplo, que en México “existe una crisis de seguridad (...) no vista desde los tiempos postrevolucionarios”, que el “próximo gobierno (se alude al que inició su gestión el 1º de diciembre de 2018) recibirá una seguridad en ruinas y un país convertido en panteón”; y que los “índices de violencia y las cifras de asesinatos ubican a nuestro país en niveles históricos de criminalidad y entre los países más inseguros del mundo”. *Ibidem*, pp. 8-9.

<sup>22</sup> En *Seguridad y justicia penal...*, cit., pp. 309 y ss. recojo el dictamen elaborado en la Cámara de Senadores, de fecha 6 de diciembre de 2018, que explica los motivos para la incorporación de una serie de delitos cuyos probables autores deben sufrir prisión preventiva oficiosa: abuso o violencia sexual contra menores, uso de programas sociales con fines electorales, robo de transporte en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, delitos cuyo media aritmética de la pena exceda de cinco años de prisión (incluidas sus calificativas, sus atenuantes o agravantes) en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos, y en materia de corrupción.

<sup>23</sup> Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, *Seguridad y justicia penal...*, cit., p. 126.

<sup>24</sup> *Ídem*.

la Comisión de los diputados señaló que “ha considerado el mínimo posible de afectación a esa perspectiva respetable y legítima de los derechos humanos, debido a que se pondera que la situación en México es de emergencia y se justifica” (la propuesta de retener la preventiva oficiosa, e incluso ampliar limitadamente las hipótesis de aplicación), por cuanto “se encuentra en entredicho su propia naturaleza de Estado constitucional de derecho y de sus instituciones, salvaguardar la integridad de su pueblo y sacar a la corrupción de sus instituciones”<sup>25</sup>.

Así las cosas, el dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados planteó una importante reducción de las hipótesis de preventiva oficiosa aprobadas por el Senado. Esta moderación no tuvo eco en el pleno de la Cámara. Finalmente, en ésta (y en el propio Constituyente Permanente) se adoptó un extenso catálogo que conviene reproducir, con algunos comentarios indispensables.

#### **IV. Consideraciones sobre la prisión preventiva oficiosa**

En el siguiente párrafo indicaré el texto que pasó a formar parte del artículo 19 constitucional, merced al impulso punitivo provisto por el pleno de la Cámara de Diputados. Para información del lector señalo entre paréntesis los casos que no figuraban en la propuesta moderada —relativamente— de la comisión dictaminadora de esa Cámara y que fueron agregados en la votación final de los diputados, siguiendo la orientación previa del Senado.

La preventiva oficiosa procede en los casos de “abuso o violencia sexual contra menores (*supuesto que había retirado la comisión dictaminadora de los diputados*), delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio (*esta hipótesis tampoco figuraba en el dictamen*), violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación (*no se incluyó en el dictamen*), 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 (*tampoco aparecía en el dictamen de la comisión*), delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares (*no se hallaba en el dictamen*), delitos cometidos por 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 (*misma observación*), así como los delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud”.

En los códigos penales o en las leyes generales hay señalamientos más o menos precisos y de generalizada aceptación acerca de algunos delitos mencionados en ese catálogo —como homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, etcétera—, pero no se cuenta con la misma tipificación —insisto: precisa y generalizada— acerca de otras conductas delictuosas.

Ameritan referencia las reformas en materia penal fiscal, que se vincula además con la relación, siempre creciente, de lo que denominamos “delincuencia organizada”, agregando “delitos objetivo” de la organización criminal bajo modificaciones a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Se incorporan en esta categoría delictuosa diversas conductas ilícitas previstas

<sup>25</sup> *Ídem*.



en el Código Fiscal de la Federación, también sujeto a reformas de intenso carácter punitivo<sup>26</sup>. Por ello, algunos comentaristas hablan de “terrorismo fiscal”.

Al cabo de esta larga consideración del proceso legislativo y algunos de sus avatares, observamos que una vez más el legislador constitucional ha desatendido el carácter, el alcance natural, los fines pertinentes de la medida cautelar, que se emplea con fines preventivos generales que le son ajenos y llega a constituir una pena anticipada. No es posible aplaudir semejante orientación —o desorientación— de la preventiva, especialmente en el supuesto de la llamada oficiosa, prisión a rajatabla, sin ponderación del proceso, del procesado y de las circunstancias. Se aplica a series de sujetos, en función de series de delitos.

Como ya dije, este régimen implica un prejuicio legislativo y desecha el juicio ministerial y jurisdiccional, que debiera ser determinante de la imposición o no de la medida cautelar, caso por caso. Ignora el papel que cada actor del sistema penal debe cumplir en este complejo escenario de la persecución de los delitos a través del debido proceso. Reitero la necesidad de volver la mirada hacia la fórmula contenida en el segundo párrafo del propio artículo 19 constitucional, que faculta al juzgador para imponer la preventiva —no forzosa, sino ponderada— a solicitud razonada del Ministerio Público, en una serie de supuestos que menciona el mismo precepto.

Tal vez el legislador ha considerado que ni el M.P. ni el órgano jurisdiccional podrán cumplir adecuadamente su función en las condiciones de inseguridad que prevalecen en el país, y que el acusador no se atreverá a solicitar la reclusión preventiva de sujetos que debieran hallarse en prisión mientras se tramita el proceso, razonando los motivos en los que funda su petición, y que el juzgador tampoco se atreverá a imponer la severa medida cautelar a través de una decisión que debe ser igualmente motivada.

De ser esa una de las razones para el amplio prejuicio legislativo y el olvido de las facultades naturales del M.P. y el juez, resultaría que ni los órganos de la persecución ni los encargados de la decisión son aptos y confiables para cumplir sus cometidos, porque pueden ceder sistemáticamente ante amenazas o presiones. También estaríamos aceptando que otros órganos del Estado no son capaces de brindar a aquellos —como es su obligación— la protección necesaria para el buen cumplimiento de sus atribuciones. La admisión de estos factores para el establecimiento de la preventiva oficiosa constituye una flagrante confesión sobre la crisis que padece el Estado de derecho. La ineptitud del poder público en este espacio sugiere que nos hallamos en la víspera —o ya dentro— de lo que algunos analistas califican como Estado fallido<sup>27</sup>.

En los preceptos transitorios del decreto de reforma constitucional —ya sabemos que muchos decretos de esta naturaleza, cada vez más, contienen abundantes artículos transitorios, que encierran algunos acertijos y pueden ocultar segundas intenciones— hay normas que merecen atención. En este caso se ha querido sujetar la aplicación de la preventiva oficiosa a una prueba de “fuego”, ciertamente indispensable, una evaluación para “determinar la continuidad de su aplicación, a partir de los cinco años cumplidos de la vigencia” de la correspondiente reforma constitucional.

Es obvio que la evaluación y la decisión final que esta provoque se hallarán a cargo del mismo órgano que emitió la reforma, por lo menos en la primera etapa del proceso correspondiente: el Congreso de la Unión, aunque este puede valerse del auxilio que le proporcionen otros órganos. Si el resultado de la revisión no queda en manos del Congreso, ¿cuál sería su fin práctico?

<sup>26</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 8 de noviembre de 2019.

<sup>27</sup> Cfr. CHOMSKY, Noam, *Failed States. The Abuse of Power and the Assault on Democracy*, New York, Metropolitan Books, Henry Holt and Company, 2006, pp. 1-2.

Ojalá que se respete efectivamente el plazo señalado para la reconsideración de la medida; lo digo porque no siempre se atiende esta expresión de la voluntad constituyente, desatención que ha provocado nuevas reformas —reforma a la reforma— y flagrantes incumplimientos por omisión legislativa.

Es importante destacar que la evaluación mencionada va muy lejos, pretensión que podríamos celebrar, aunque incurre en una flagrante mezcla de la privación cautelar de la libertad, materia de la reforma que ahora comento, y el conjunto del sistema procesal penal acusatorio. En efecto, la evaluación mencionada deberá comprender tanto “la eficacia de esta medida cautelar” —la preventiva oficiosa— como “la eficiencia del sistema penal acusatorio”, que ha tenido tropiezos. Para llevar a cabo la evaluación será preciso considerar algunos elementos —a los que se llama “críticos”— provistos por fuentes oficiales y por organismos de protección de los derechos humanos<sup>28</sup>. En los términos del artículo cuarto transitorio, los parámetros deberán figurar en la ley. Empero, hasta ahora no figuran. Ya llegarán.

Por supuesto, a la hora de analizar las reformas a las que me estoy refiriendo, tanto en sus puntos conceptuales como en su aplicación práctica, hay que tomar en cuenta la población de los reclusorios del país, esto es, los números correspondientes a reclusos sentenciados y a “presos sin condena”, es decir, a sujetos que la Constitución considera presuntos inocentes, pero la misma ley fundamental somete a privación preventiva de la libertad, sea razonada, sea forzosa, oficiosa o automática.

En fin de cuentas, cabe reconsiderar el régimen de la preventiva, a sabiendas de que es imposible —o sumamente improbable— suprimirla o sustituirla generalizadamente por otros medios cautelares. Al respecto, he formulado —con anterioridad a la reforma constitucional de 2019, que agravó el panorama de esta materia— lo que considero límites insalvables de esta forma de reclusión: “1. La privación de libertad no debe aplicarse como medida de prevención del delito [...]. 2. Tampoco debiera echarse mano de la prisión preventiva como adelanto de las penas o sanción en sí misma [...]. 3. El frecuente empleo de la prisión preventiva como instrumento de castigo anticipado, es indebido y contraviene el Derecho de los derechos humanos [...]. 4. Asimismo, es reprochable la reclusión preventiva de quienes están sujetos a otros procesos —en los que oportunamente se dictará la sentencia que corresponda [...]. 5. Tampoco es admisible

<sup>28</sup> Se sabe que en las reformas constitucionales han proliferado los preceptos transitorios. En este caso, el frondoso artículo cuarto transitorio del decreto de reforma del artículo 19 de la ley fundamental señala lo siguiente en su prolija formulación, que me veo en la necesidad de incluir aquí para información del lector: «La prisión preventiva oficiosa, deberá evaluarse para determinar la continuidad de su aplicación, a partir de los cinco años cumplidos de la vigencia del presente Decreto. »En el lapso señalado en el párrafo anterior, se deberá evaluar conforme a los criterios del Sistema Nacional de Seguridad Pública, la eficacia de esta medida cautelar, y la eficiencia del sistema penal acusatorio, mediante informes emitidos por el gobierno federal y los gobiernos de las entidades federativas, tomando en cuenta a los poderes judiciales respectivos, así como a las fiscalías o procuradurías correspondientes, y organismos de protección de los derechos humanos, y que deberá contener, al menos, los siguientes elementos: »1. Desempeño eficaz de las Unidades Estatales de Supervisión a Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso; »2. Eficacia de las medidas cautelares aplicadas; »3. Creación y desempeño de instancias de atención integral de víctimas; »4. Implementación de sistemas de información criminal y de judicialización; »5. Resultado de la aplicación de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, y »6. Los avances de la implementación de elementos críticos como la capacitación de los operadores de los poderes judiciales y del Ministerio Público, policía de investigación, policía preventiva, peritos, entre otros. »Los parámetros para la medición de la eficacia en la implementación de los elementos críticos serán dispuestos por la ley correspondiente».

estipular que la comisión previa de delitos totalmente distintos del ilícito por el que se sigue el proceso, constituye un supuesto válido para aplicar en éste la prisión preventiva”<sup>29</sup>.

Para concluir, señalaré que en los últimos años ha habido un fuerte incremento de la criminalidad en México. La población penitenciaria descendió al inicio de la segunda década. En el final de esta etapa comenzó un nuevo incremento. En junio de 2014 había 255 mil reclusos en prisiones federales y locales. La información oficial a la mano señala que en los trescientos reclusorios del país, calificados como “centros penitenciarios”, había 202,221 reclusos; de ellos, 191,702 hombres (94.80 por ciento) y 10,519 mujeres (5.20 por ciento). Los reclusos del orden federal eran 26,155 (14.66 por ciento); los del fuero local, 172,566 (85.34 por ciento). Los procesados eran 77,884 (38.51 por ciento), y los sentenciados, 124,337 (61.48 por ciento)<sup>30</sup>. Como se advierte, el número de procesados es muy elevado, y desproporcionadamente alto en relación con la cifra de sentenciados.

Los observadores de la reforma constitucional han destacado una posible consecuencia, que parece obvia. Al incrementarse los supuestos de preventiva oficiosa, crecerá en alguna medida —pero crecerá— el conjunto de procesados reclusos. En consecuencia, el Estado —federal y local— deberá multiplicar los espacios destinados a reclusión, además de cuidar que el internamiento en estos se ajuste realmente a las condiciones de trato (no he dicho tratamiento, voz que espanta a cierto sector de “especialistas” en materia penitenciaria, no así a las Reglas de Mandela) que ordena la Constitución<sup>31</sup>. Evidentemente, la pandemia que se ha extendido en el país en los primeros meses del año 2000 incide en el manejo de la población de reclusos. Tanto la federación como algunos estados han adoptado medidas extraordinarias de liberación para enfrentar esta nueva circunstancia.

## V. Fuentes

ADATO GREEN, Victoria, “Comentarios a la Ley Nacional de Ejecución Penal”, en *Seguridad pública y justicia penal... ¿A dónde vamos?*, Sergio García Ramírez, Olga Islas de González Mariscal & Victoria Adato Green (coord.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2017.

ASTRAIN BAÑUELOS, Leandro Eduardo, *El Derecho penal del enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

\_\_\_\_\_, “Regresiones penales: requiem al derecho penal humanista”, *Ciencia Jurídica*, año 9, núm. 18, pp. 179-183, <https://doi.org/10.15174/cj.v9i18.356>

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, 1ª reimp., trad. Juan Antonio de las Casas, ed. facsimilar con estudio introductorio de Sergio García Ramírez, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

<sup>29</sup> GARCÍA RAMÍREZ & MARTÍNEZ BREÑA, Laura, *Presos y prisiones. El sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, México, UNAM, Programa Universitario de Derechos Humanos/Porrúa, México, 2014, pp. 42-44.

<sup>30</sup> Cfr., <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=50087>

<sup>31</sup> Cfr. ADATO GREEN, Victoria, “Comentarios a la Ley Nacional de Ejecución Penal”, en *Seguridad pública y justicia penal... ¿A dónde vamos?*, Sergio García Ramírez, Olga Islas de González Mariscal & Victoria Adato Green (coord.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2017, pp. 365 y ss.

BIGLIANI, Paola & BOVINO, Alberto, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2008.

CARNELUTTI, Francesco, *Derecho procesal civil y penal. Principios del proceso penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1971, t. II.

CARRANZA, Elías, HOUED, Mario, MORA, Luis Paulino & ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe. Estudio comparativo estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno*, San José, Costa Rica, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1983.

CHOMSKY, Noam, *Failed States. The Abuse of Power and the Assault on Democracy*, New York, Metropolitan Books, Henry Holt and Company, 2006.

CNDH, “Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional, relativo a octubre de 2019, emitido por el Órgano Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social”, <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=50087>

*Diario Oficial de la Federación* del 8 de noviembre de 2019.

FERRAJOLI, Luigi, *Capítulo Criminológico*, 16, 1988.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Panorama del proceso penal*, México, Porrúa, 2004.

\_\_\_\_\_, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, 3ª. ed., México, Porrúa, 2016.

\_\_\_\_\_, “Reflexiones sobre democracia y justicia penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Luis Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (coord.), Cuenca, Ed. de la Universidad de Castilla La Mancha/Ed. Universidad Salamanca, 2001, vol. I.

\_\_\_\_\_, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, 5ª. ed., México, Porrúa, 2016.

\_\_\_\_\_, *El procedimiento penal. Constitución y Código Nacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Porrúa, 2018.

\_\_\_\_\_, *Seguridad y justicia penal. Plan Nacional y reforma constitucional. El difícil itinerario hacia un nuevo orden*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Porrúa, 2019.

\_\_\_\_\_, “Amnistía: ¿olvido, perdón, reparación?”, *El Mundo del Abogado*, México, año 21, noviembre de 2019.

GARCÍA RAMÍREZ & MARTÍNEZ BREÑA, Laura, *Presos y prisiones. El sistema penitenciario desde la perspectiva de los derechos humanos*, México, UNAM, Programa Universitario de Derechos Humanos/Porrúa, México, 2014.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio & ROJAS VALDEZ, Eduardo, *Evolución y resultados de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, Editorial de la Universidad de Castilla La Mancha, 1996.
- GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *La delincuencia organizada. Algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales*, Guanajuato, Ubijus-Universidad de Guanajuato, 2012.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
- JAKOBS, Günther, “En los límites de la orientación jurídica. Derecho penal del enemigo”, en Jakobs, Günther, y Polaino-Orts, Miguel, *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, México, Flores, 2013.
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962.
- ROJAS VALDEZ, Eduardo, “El Derecho penal del enemigo: ¿condición o negación del Estado constitucional?”, *Criminalia*, México, nueva época, año 82, 2.