

Prisión preventiva: atardecer legislativo

*Miguel Ángel Mancera Espinosa**

Sumario: **I.** Introducción **II.** Diferencia entre pena y prisión **III.** Sentencias de la Corte Interamericana **IV.** Normas de atardecer **V.** Consideraciones finales

Resumen: El presente ensayo tiene el propósito de dilucidar diversas cuestiones de la figura de prisión preventiva oficiosa en el diseño constitucional mexicano a partir de la reforma al artículo 19 de la Constitución, desde las perspectivas de la dogmática penal, el régimen internacional de los Derechos Humanos y la técnica legislativa. Desde nuestra óptica se actualiza la norma de atardecer legislativo a nivel constitucional. Se verán diversas cuestiones de su aplicabilidad y la forma en que debe desarrollarse en el futuro este tipo de disposiciones.

Abstract: This essay has the purpose of elucidating various issues of the figure of officious preventive detention in the Mexican Constitutional design, from the reform to article 19 of the Constitution, the perspectives of criminal dogmatics, the international regime of Human Rights, and from legislative technique. From our point of view, the so-called norm of “legislative sunset” is updated at the constitutional level. Various questions of its applicability and the way in which this type of provision should be developed in the future will be discussed in this essay.

Palabras clave: Prisión preventiva oficiosa, normas “de atardecer”, artículo 19, derechos humanos, medida cautelar.

Key words: Officious preventive prison, Dusk Rules, Article 19, Human Rights, Precautionary Measure.

* Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

I. INTRODUCCIÓN

A finales de 2015 nuestro país vivió una tendencia a la despresurización penitenciaria al iniciar las fases de aplicación del Sistema Penal Acusatorio, esto es que entre esa fecha y 2016 salieron de prisión 29,333¹ personas, mientras que la incidencia delictiva aumento 4%. Ante este escenario y con el aumento en la incidencia delictiva nacional, con la llegada del nuevo gobierno se planteó una iniciativa para reformar el artículo 19 constitucional que es el que precisamente se refiere al catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa, con la intención de revertir esa tendencia.

El 12 de abril de 2019 se aprobó la reforma constitucional para aumentar el catálogo de delitos que ameritan la medida cautelar de prisión preventiva de manera oficiosa².

De tal manera que el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución vigente dice:

“El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.”³

¹ SUBSECRETARÍA DE SISTEMA PENITENCIARIO, GOBIERNO DE LA CIUDAD DE MÉXICO “TENDENCIA DE LA POBLACIÓN DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2000 AL 03 DE ENERO DE 2018 Y PROYECCIÓN AL 31 DE MARZO DE 2018”. México: Gobierno de la Ciudad de México [fecha de consulta: 27 de febrero de 2023] Disponible en: <https://www.penitenciario.cdmx.gob.mx/storage/app/media/uploaded-files/Tendencia-de-poblacion-CDMX.pdf>

² Quien escribe votó a favor de la reforma al artículo 19 constitucional publicada en el DOF del 12 de abril de 2019.

³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, 12 de abril de 2019 (el énfasis añadido es propio).

Prisión preventiva: atardecer legislativo

Vale la pena recordar que antes de la reforma, solo ameritaban esta medida cautelar los delitos considerados de la parte dura del derecho penal y que eran los siguientes:

- Delincuencia organizada;
- Homicidio doloso;
- Violación;
- Secuestro;
- Trata de personas;
- Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos; y
- Delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

También se incorporó un régimen transitorio que previó que era necesario realizar adecuaciones normativas al artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, y demás ordenamientos correspondientes, para lo cual otorgó al legislador federal un plazo de 90 días. Dicho código adjetivo fue reformado el 19 de febrero de 2021 para quedar como sigue:

“...

Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal, de la manera siguiente:

I. Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;

II. Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;

III. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis;

IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;

V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;

VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;

VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;

VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;

IX. 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, previsto en el artículo 201; 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, previsto en el artículo 202; 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, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; 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, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis;

X. Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;

XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero;

XII. Abuso o violencia sexual contra menores, previsto en los artículos 261 en relación con el 260;

XIII. Femicidio, previsto en el artículo 325;

XIV. Robo a casa habitación, previsto en el artículo 381 Bis;

XV. Ejercicio abusivo de funciones, previsto en las fracciones I y II del primer párrafo del artículo 220, en relación con su cuarto párrafo;

XVI. Enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 224, en relación con su séptimo párrafo, y

XVII. Robo al transporte de carga, en cualquiera de sus modalidades, previsto en los artículos 376 Ter y 381, fracción XVII.”⁴

De igual forma, en el apartado transitorio de la reforma, se establecieron previsiones que ordenan evaluar la pertinencia de la continuidad de la aplicación de la prisión preventiva oficiosa a partir de los 5 años de haber entrado en vigor la reforma. Dicha evaluación debe hacerse en función de revisar la eficacia de la medida cautelar y la eficiencia del sistema penal acusatorio, mediante informes que deben presentar los poderes ejecutivos de los Estados y de la Federación. Tal y como se desprende de la siguiente transcripción:

“Cuarto. 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;*

⁴ Código Nacional de Procedimientos Penales, Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, 19 de febrero de 2021 (el énfasis añadido es propio).

Prisión preventiva: atardecer legislativo

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.*⁵

Por último, se incluyó en el artículo Quinto transitorio que la aplicación de la prisión preventiva oficiosa se hará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución:

*“Quinto. La aplicación de las normas relativas al artículo 19 en los supuestos delictivos materia del presente Decreto, se harán conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución.”*⁶

Esto es así porque a la luz del dictamen de las comisiones del Senado de la República, nos encontramos en una situación excepcional y se reconoce que los ilícitos enlistados en el artículo 19 constitucional no solo vulneran a la sociedad como conductas antijurídicas sino que *“vulneran la seguridad del Estado Mexicano”*⁷ y parte del supuesto de que *“hay contextos especiales en los que es necesario aplicar un derecho penal más restrictivo que ayude a desincentivar la comisión de un determinado tipo de delitos que lesionan los bienes jurídicos más sensibles de la sociedad”*⁸.

Por su parte, la Cámara baja argumenta que:

*“Debido a la coyuntura de violencia, impunidad e inseguridad que afecta a las personas en todo el territorio nacional desde hace más de una década, y que ha rebasado el espíritu garantista del nuevo sistema penal, es que el Estado Mexicano debe contar con mejores instrumentos para proteger los derechos de la sociedad mexicana y generar un ambiente de certidumbre.”*⁹

⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, 12 de abril de 2019.

⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, 12 de abril de 2019.

⁷ Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, Segunda (2018) *“DICTAMEN DE LAS COMISIONES UNIDAS DE PUNTOS CONSTITUCIONALES Y DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS SEGUNDA, CON 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”*. México: Cámara de Senadores [fecha de consulta: 27 de febrero de 2023] Disponible en: https://comisiones.senado.gob.mx/puntos_constitucionales/docs/convocatorias/dictamen_281118.pdf

⁸ Ídem.

⁹ Comisión de Puntos Constitucionales, (2019) *“Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, con modificaciones a la Minuta 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.”*

“Se trata de incentivar un cambio en las circunstancias para proteger a las personas contra el riesgo de seguir siendo víctimas de alguno de los delitos, que se busca incorporarlos al segundo párrafo del artículo 19 constitucional, lo cual se pondera como una excepción y transitoria...”¹⁰

Frente a las peticiones de diversos sectores de la sociedad respecto de la protección de los derechos de la persona imputada, el dictamen de la Cámara de diputados refiere que han considerado lo siguiente:

“El mínimo posible de afectación a esa perspectiva respetable y legítimo de los Derechos Humanos, debido a que se pondera que la situación en México es de emergencia y se justifica debido a que se encuentra en un entredicho de su propia naturaleza de Estado Constitucional de derecho y de sus instituciones”¹¹

En el mismo sentido, el dictamen aprobado en la Cámara de diputados refiere que otro de los objetivos que tiene la medida es *“evitar al imputado sustraerse de la justicia o manifestar una conducta que haga presumible su riesgo social”*.¹² **Este último punto es el que tradicionalmente ha dado el soporte de razonamiento jurídico a la medida cautelar de prisión preventiva, digamos que es su parte esencial, el sine qua non de la prisión preventiva: asegurar la continuidad del juicio y por su puesto eliminar cualquier riesgo para la víctima o la sociedad.**

De todo lo anterior, y con la evidencia de los datos sobre carpetas de investigación, se desprende que en ambas cámaras se reconoció que el país presentaba una serie de circunstancias excepcionales debido a la gran cantidad de delitos cometidos, con afectación a la confianza de los ciudadanos, lo que generó un contexto de incertidumbre para la ciudadanía y ante esta es que se planteó como mecanismo de posible solución la ampliación del catálogo de los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, es por esto que en un principio acompañamos dicho planteamiento, pero no hicimos la valoración y mucho menos la predicción de las consecuencias que se generarían sobre todo en la prisión preventiva solicitada de la mano de la ampliación de investigación para el Ministerio Público, pues desde nuestro punto de vista ahora vivimos arraigos judicializados. Se está en prisión mientras el Ministerio Público investiga, pero con una orden judicial.

En ese tenor, pareciera que detrás de la reforma al artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevalece la opinión de que las medidas y facultades que ejercían las autoridades de procuración e impartición de justicia no habían permitido disminuir los niveles de criminalidad que afectan a la población mexicana y que por eso era necesario echar mano de otros mecanismos que otorguen al Estado las capacidades para mantener la paz y la seguridad.

¹⁰ *Ídem.*

¹¹ *Ídem.*

¹² *Ídem.*

Prisión preventiva: atardecer legislativo

A casi 3 años de que se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 19 constitucional en comento, tenemos los siguientes datos:

Por un lado, la cantidad de carpetas de investigación que se iniciaron en 2019 (año en que se presentó la reforma) fue de 2'071,178 que es mayor a la de 2018 en alrededor de 90,000, sin embargo, también es mayor a la de 2020 en alrededor de 230,000, lo que representa una disminución en la cantidad de carpetas de investigación.¹³

En este punto no debemos omitir que es posible que se haya tratado de un efecto del confinamiento provocado por la pandemia del virus SARS COV-2, ya que en 2021 volvió a presentarse un incremento que casi alcanzó los mismos niveles que en 2019 y para 2022 se superó ese umbral en más de 70,000 delitos, lo que representa un incremento de 5% del total de delitos cometidos entre un año y otro.¹⁴

Así las cosas, en lo que se refiere a la eficacia de la aplicación de la Prisión Preventiva Oficiosa, puede decirse que la información con que se cuenta no es precisa y no permite dilucidar por completo el impacto que ha tenido la aplicación de la medida cautelar en el desempeño de las autoridades de procuración y justicia, sin embargo, si podemos apuntar lo siguiente:

- Por un lado, entre 2019 y 2020, en la Ciudad de México, la cantidad de personas privadas de la libertad aumentó en cerca del 42%, pasando de 4,490 en 2019 a 7,739 en 2020, a pesar de que, como ya se mencionó, la cantidad de delitos entre un año y otro disminuyó.¹⁵
- Por otro lado, es necesario mencionar que 3 de los delitos que se encuentran enlistados en el artículo 19 constitucional presentaron una disminución en su incidencia.
- Según datos oficiales, las carpetas de investigación iniciadas por homicidios dolosos en 2022 fueron 26,273, mientras que en 2021 se reportaron 28,279, lo que representa una disminución de 7%.¹⁶
- Por su parte, de conformidad con los mismos datos, el feminicidio paso de 980 en 2021 a 947 en 2022, lo que se traduce en una disminución del 3.3%.¹⁷

¹³ PÉREZ, Maritza (18 de enero de 2023) "Subió incidencia delictiva 5% durante el 2022". El Economista [fecha de consulta: 27 de febrero de 2023] Disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/politica/Subio-incidencia-delictiva-5-durante-el-2022-20230118-0017.html>

¹⁴ *Ídem*.

¹⁵ SUBSECRETARÍA DE SISTEMA PENITENCIARIO, GOBIERNO DE LA CIUDAD DE MÉXICO "Población penitenciaria: 25 mil 499 personas privadas de su libertad al 03 de febrero de 2023. México: Gobierno de la Ciudad de México [fecha de consulta: 27 de febrero de 2023] Disponible en: <https://penitenciario.cdmx.gob.mx/poblacion-penitenciaria>

¹⁶ PÉREZ, Maritza (18 de enero de 2023) "Subió incidencia delictiva 5% durante el 2022". El Economista [fecha de consulta: 27 de febrero de 2023] Disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/politica/Subio-incidencia-delictiva-5-durante-el-2022-20230118-0017.html>

¹⁷ *Ídem*.

- Por último, el delito que presentó una mayor disminución fue el secuestro que descendió en 20.7%, registrando 627 y 497 entre un año y otro.¹⁸

Cabe destacar que dos de los 3 delitos ya se encontraba en el listado del artículo 19 constitucional desde antes de la reforma.

Con lo dicho hasta aquí, estamos claros que subsisten los problemas que ya se vivían antes de la reforma. Y lo que sí advertimos es un choque abierto entre las concepciones del derecho penal del enemigo, el derecho penal de intervención mínima y el supuesto oasis garantista del sistema acusatorio, que en la realidad no es más que otra duna de arena.

En lo que sigue buscaremos analizar algunos ángulos sobre la prisión preventiva oficiosa en relación con la dogmática penal, posteriormente, referiré lo dicho por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

II. DIFERENCIA ENTRE PENA Y PRISIÓN

Vale la pena poner en contexto que cuando hablamos de prisión preventiva, hablamos de una medida cautelar y no de una pena.

De acuerdo con el catedrático alemán Claus Roxin el derecho penal solo sanciona para *“salvaguardar la convivencia del hombre en paz y libertad”*.¹⁹

En ese sentido, si admitimos como lo hacen los dictámenes que no se está en un contexto de paz y libertad y que esto se debe a que nos encontramos ante circunstancias extraordinarias en la vida moderna de México, es necesario realizar las modificaciones al ordenamiento que permitan alcanzar los objetivos que busca el derecho penal.

Para el caso en concreto es importante referir que la prisión preventiva en el proceso penal es la *“privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena”*.²⁰

Aunque se trata de la misma acción que la pena privativa de la libertad, es decir, restringir la libertad de la persona, responde a un fin distinto, pues la pena presupone la culpabilidad del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado, y en

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ ROXIN, Claus *“DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, TOMO I, FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO”* [en línea]. Primera edición. Madrid, España: CIVITAS, 1997, [fecha de consulta 27 de febrero de 2023] Disponible en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf

²⁰ ROXIN, Claus *“Derecho procesal penal”* [formato físico]. Primera reimpresión. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto s.r.l., 2001.

cambio toda medida de seguridad presupone una continuada peligrosidad del sujeto en el futuro.²¹

Esto se traduce en una distinción en cuanto al alcance, *“pues la medida de seguridad no está ligada en su gravedad y duración al grado de culpabilidad, sino sólo al principio de proporcionalidad, que admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena”*²². Por tanto, en cuanto que la duración de la pena responde al grado de culpabilidad, la medida cautelar se basa en la peligrosidad y busca la menor injerencia posible en la libertad del ciudadano.²³

Los peligros que pretenden evitarse con la imposición de la prisión preventiva, de acuerdo con Claus Roxin pueden ser:²⁴

- i. Fuga o peligro de fuga.
- ii. Peligro de entorpecimiento.
- iii. Gravedad del delito.
- iv. Peligro de reiteración.

Respecto de los casos en los que la prisión preventiva se establece debido a la gravedad del delito, el autor antes citado refiere lo siguiente:

“Resultaría peligroso desde el punto de vista del Estado de Derecho si se lo interpreta en el sentido de que, en caso de sospecha vehemente de la comisión de uno de los crímenes mencionados, se pudiera imponer la prisión preventiva sin examinar los demás presupuestos, porque, en ese caso, la prisión preventiva podría ser ordenada sin que fuera necesaria para asegurar el proceso de conocimiento o el procedimiento de ejecución. Bajo esta interpretación, un motivo (que no se menciona) de detención sería la repercusión en la población”.²⁵

*Por ello, dicen los autores, esta figura se ha intentado interpretar “conforme a la Constitución de la siguiente forma: en caso de sospecha vehemente de la comisión de los hechos punibles graves del párr. 3, la prisión preventiva solo puede ser impuesta si existen los motivos de detención de peligro de fuga o peligro de entorpecimiento; no obstante, en la verificación de la existencia de estos motivos de detención no se debe ser tan exigente como en el párr. 2, sino que es ya suficiente una intensidad menor de peligro de fuga o de entorpecimiento. En realidad, se trata así no tanto de una interpretación sino de darle otro sentido a la ley...”*²⁶

²¹ ROXIN, Claus *“DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, TOMO I, FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO”* [en línea]. Primera edición. Madrid, España: CIVITAS, 1997, [fecha de consulta 27 de febrero de 2023] Disponible en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf

²² *Ídem*.

²³ *Ídem*.

²⁴ ROXIN, Claus *“Derecho procesal penal”* [formato físico]. Primera reimpresión. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto s.r.l., 2001.

²⁵ *Ídem*.

²⁶ *Ídem*.

En ese sentido, se reconoce que la presencia del supuesto de prisión preventiva obligatoria por la comisión de un delito que es considerado por el legislador más ofensivo que otros, no debe interpretarse como una prisión preventiva automática, sino una medida cautelar cuya imposición requiere de menos elementos en el análisis para ser determinada. Así, la distinción entre delitos solamente radica en el nivel de escrutinio que debe utilizar el juez para determinar la pertinencia de la medida.

III. SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA

Recordemos que las cortes judiciales son órganos que funcionan como intermediarios entre la población y el legislador, ya que una de sus responsabilidades consiste en pronunciar la validez de los actos que se ponen bajo su jurisdicción para análisis por una parte que los controvierte, de conformidad con un marco normativo previamente establecido.²⁷

Con esto en mente, en el presente apartado se encuentra un análisis de algunas de las sentencias que ha emitido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en relación con la figura de la prisión preventiva respecto de la regulación que ha estado vigente en varios Estados miembros de la Convención, a fin de analizar su relación con los Derechos Humanos.

Caso Tibi vs. Ecuador:

En este caso la corte considera a la prisión preventiva como la medida cautelar más severa que el Estado puede aplicar, y por lo tanto debe tener carácter de excepción, también restringe su aplicación a partir del respeto a diversos principios, tal y como se desprende de la siguiente transcripción:

*“La corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación 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”.*²⁸

Caso Palamara Iribarne vs. Chile:

En el juicio en comento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que es facultad del Estado ordenar la prisión preventiva, sin embargo, solo

²⁷ HAMILTON, A./ Madison, J./ Jay J., “The Federalist Papers [El Federalista. Prólogo y versión directa de Gustavo R. Velasco] [formato físico] México: Fondo de Cultura Económica, 1957.

²⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaído en el Caso Tibi Vs. Ecuador, de fecha 07 de septiembre de 2004. [en línea] [Consultad en fecha: 27 de febrero de 2023] Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

puede hacerlo cuando se tengan las condiciones para privar de la libertad a una persona sin que eso represente violaciones a sus derechos mientras se encuentra privada de su libertad, que existan indicios que permitan suponer la culpabilidad y que sea necesaria para evitar los peligros de entorpecimiento del proceso o de fuga, es decir que todo esto debe estar previamente justificada, así lo dijo la corte:

*“En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia”.*²⁹

Caso Barreto Leiva vs. Venezuela:

En el caso que nos ocupa la corte reiteró que la prisión preventiva debe ser la excepción al decir que:

*“La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve a cerca de su responsabilidad penal”.*³⁰

De igual manera establece que el principio de proporcionalidad debe ser respetado en cada ocasión en la que se imponga la medida cautelar de prisión preventiva para evitar un exceso en las restricciones a la libertad de la persona imputada, tal y como se puede leer lo siguiente:

*“La prisión preventiva se encuentra limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada () El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción”.*³¹

²⁹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaído en el Caso Palamara Iribarne vs. Chile, de fecha 22 de noviembre de 2005. [en línea] [Consultad en fecha: 27 de febrero de 2023] Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf

³⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaído en el caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, de fecha 17 de noviembre de 2009. [Consultad en fecha: 27 de febrero de 2023] Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf

³¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaído en el caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, de fecha 17 de noviembre de 2009. [Consultad en fecha: 27 de febrero de 2023] Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf

López Álvarez vs. Honduras.

Finalmente, en el asunto de López Álvarez la corte menciona que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva y que la imputación del delito, por sí misma no justifica la imposición de la prisión preventiva.

*“Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente para la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva”.*³²

De acuerdo con estas consideraciones, se desprende que la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que (i) la prisión preventiva es la medida cautelar más severa que puede imponer el Estado, (ii) que no es punitiva y por tanto debe ser excepcional. Asimismo (iii) debe aplicarse de manera tal que se evite un exceso en la restricción de los derechos de la persona imputada, (iv) tras un análisis de proporcionalidad en cada caso, (v) de conformidad con los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática, (vi) sin que su imposición implique violaciones a los Derechos Humanos durante el tiempo de que se prive a la persona imputada de su libertad, (vii) únicamente en los casos en los que se pueda suponer la culpabilidad de ésta y (viii) en los que de no aplicarse se corra el riesgo fuga o entorpecimiento del proceso.

Hasta aquí hemos planteado casos en los que se ha pronunciado la Corte Interamericana en relación con la prisión preventiva oficiosa, y claro estamos hablando de otros países y no de México, por lo que se vuelve indispensable hablar del caso Tzompaxtle.

Sentencia del caso Tzompaxtle y otros vs. México

Este caso se remonta a hechos que ocurrieron entre los años 2006 y 2008, por tanto, es necesario advertir que la regulación tanto constitucional como secundaria que analizó la corte no corresponde a lo que ahora nos ocupa. Es decir que son hechos previos a la entrada en vigor del sistema penal acusatorio y a la ampliación del catálogo en el artículo 19 constitucional. Sin embargo, dicho tribunal hizo varias precisiones relativas a la regulación de la prisión preventiva oficiosa en México, ya que sí existía en ese entonces y subsiste la figura de dicha medida cautelar.

En el desarrollo de su argumentación, considero que tanto la regulación que estaba y sigue vigente como la nueva adolece de lo siguiente:

- La primera de las observaciones de la corte consiste en reiterar que para establecer la prisión preventiva como medida cautelar es necesario que (i) exista

³² Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaído en el Caso López Álvarez vs. Honduras, de fecha 1 de febrero de 2006. [Consultad en fecha: 27 de febrero de 2023] Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf

riesgo de que el acusa impida el desarrollo del proceso o (ii) se considere probable que la persona sujeta a juicio intente eludir la acción de la justicia.³³

- También refiere que el peligro procesal no se puede presumir, *“sino que debe realizarse una verificación de este en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas”*.³⁴
- La prevención general y el efecto disuasivo no son finalidades legítimas de la Prisión Preventiva.³⁵
- *“Cualquier figura de naturaleza pre-procesal que busque restringir la libertad de una persona para llevar a cabo una investigación de delitos que presuntamente ella había cometido, resulta intrínsecamente contraria al contenido de la Convención Americana y vulnera de forma manifiesta sus derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia”*.³⁶
- No se hace referencia a *“las finalidades de la prisión preventiva, ni a los peligros procesales que buscaría prever para los casos de prisión preventiva oficiosa”*.³⁷
- Tampoco *“se propone ponderar a través de un análisis la necesidad de las medidas frente a otras menos lesivas para los derechos de la persona procesada como lo serían las medidas alternativas a la privación de la libertad”*.³⁸
- Se aplica la prisión preventiva de manera oficiosa *“a delitos que revisten cierta gravedad una vez establecidos los presupuestos materiales sin que se lleve a cabo un análisis de la necesidad de la cautela frente a las circunstancias particulares del caso”*.³⁹
- La Corte determinó que en el caso concreto se violaron los derechos de las personas imputadas a no ser privados de su libertad arbitrariamente, al control judicial de la privación de la libertad, y el de presunción de inocencia, establecidos en los artículos 7.3, 7.5 y 8.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos respectivamente.⁴⁰

³³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaído en el Caso Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México, de fecha 7 de noviembre de 2022. [Consultad en fecha: 27 de febrero de 2023] Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_470_esp.pdf

³⁴ Ídem.

³⁵ Ídem.

³⁶ Ídem.

³⁷ Ídem.

³⁸ Ídem.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “CASO TZOMPAXTLE TECPILE Y OTROS VS. MÉXICO, SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2022, RESUMEN OFICIAL EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA” [en línea] [consultado en fecha: 27 de febrero de 2023] Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_470_esp.pdf

- Asimismo, el tribunal, estableció que el Estado Mexicano fue omiso en su obligación de establecer normas acordes al contenido de la Convención.⁴¹

IV. NORMAS DE ATARDECER

Uno de los problemas permanentes a que se enfrentan todas las sociedades es el de establecer normas que sean pertinentes para las personas sobre las que se aplicarán. De esta manera los legisladores se encuentran ante una serie de cuestiones que tienen que ver con diversos aspectos de la vida cotidiana y que establecen una tensión entre la certidumbre que se pretende conseguir con la permanencia de normas durante un periodo prolongado de tiempo para que las personas puedan asumir con seguridad las consecuencias de sus actos y la flexibilidad para que dichas normas puedan ser aplicables a través del tiempo sin que pierdan su sentido original frente a la incertidumbre generada por los cambios constantes de la vida cotidiana.

En ese sentido, es dable reconocer que la sociedad de nuestros tiempos está adoptando cambios en las costumbres y las conductas de los individuos de una manera mucho más rápida de lo que ocurría en el pasado debido a los avances tecnológicos que permiten comunicación inmediata sin que la distancia sea una limitante para ello y a que, como consecuencia, permiten que la información a la que tienen acceso a las personas sea exponencialmente mayor que antes, provocando que su formas de pensar se modifiquen y surjan nuevas maneras de interrelacionarse.⁴²

Por esta razón, la tensión entre la certeza que se pretende obtener de la permanencia de las normas y la incertidumbre del contexto en que se aplican, producido por los cambios en la vida cotidiana, requiere que se hagan ajustes para que las leyes puedan seguir operando de una manera adecuada.⁴³

Una de las disyuntivas que surgen cuando se intenta dar soluciones legislativas a problemas nuevos es que en muchos casos existe poca información a disposición de las y los legisladores que les permita regular un fenómeno de manera adecuada.⁴⁴ Una forma de aproximarse a esos escenarios marcados por incertidumbre es generar normas que modifiquen el contexto durante un periodo delimitado de tiempo en el que la propia aplicación de éstas provea la información que pueda ser evaluada para conocer mejor aquello que se quiere regular, ya que esto permitiría incorporar la información obtenida de su aplicación a una mejor regulación, puesto que regular

⁴¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaído en el Caso Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México, de fecha 7 de noviembre de 2022. [Consultad en fecha: 27 de febrero de 2023] Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_470_esp.pdf

⁴² RANCHORDÁS, Sofia *"CONSTITUTIONAL SUNSETS AND EXPERIMENTAL LEGISLATION A Comparative Perspective"* [formato físico]. Primera edición. Massachusetts, EUA: Edward Elgar Publishing, Inc., 2014.

⁴³ *Ídem.*

⁴⁴ *Ídem.*

Prisión preventiva: atardecer legislativo

un fenómeno sin información precisa puede generar costos sociales más altos de los que pretendía mitigar.⁴⁵

Para esos escenarios de incertidumbre y poca información existen herramientas legislativas como las denominadas “*normas de atardecer*” (*sunset legislation*) que no son otra cosa que normas de carácter legislativo con una duración limitada definida *ex ante* para que, durante ese periodo, se pueda obtener información que será sujeta a evaluación una vez que haya fenecido el periodo de su vigencia para analizar si la propuesta legislativa cumplió con su objetivo o no.⁴⁶

Ello implica que las “*normas de atardecer*”:⁴⁷

- (i) Tienen un objetivo definido (como toda norma);
- (ii) Cuentan con un tiempo de vigencia definido previamente que permite reunir información; y
- (iii) Estarán sujetas a una evaluación una vez que haya fenecido el plazo de vigencia establecido previamente, lo que permitirá analizar si el objetivo para el cual entró en vigor una norma se cumple o no. Dependiendo de esta evaluación, se podría decidir si la norma debe mantenerse o no.

En ese sentido, lo que se pretende es racionalizar el método de realización de normas y adoptar una metodología legislativa basada en el método científico para empezar a desarrollar normas que atiendan las nuevas circunstancias que escapan a la normatividad vigente y de las cuales no se tiene información.⁴⁸

De igual manera, las normas de atardecer funcionan como un mecanismo para lograr un consenso entre legisladores debido a que su carácter temporal implica que en caso de existir una afectación a otros aspectos de carácter jurídico o social (como el ejercicio de los derechos de las y los ciudadanos), la norma dejará de existir sin que sea necesario hacer una modificación legislativa.⁴⁹

V. CONSIDERACIONES FINALES

Como se mencionó con anterioridad, el régimen transitorio del artículo 19 cuenta con condiciones de aplicación y vigencia que son particularmente interesantes, sobre todo en los artículos Cuarto y Quinto.

⁴⁵ *Ídem.*

⁴⁶ RANCHORDÁS, Sofia “*CONSTITUTIONAL SUNSETS AND EXPERIMENTAL LEGISLATION A Comparative Perspective*” [formato físico]. Primera edición. Massachusetts, EUA: Edward Elgar Publishing, Inc., 2014.

⁴⁷ *Ídem.*

⁴⁸ *Ídem.*

⁴⁹ *Ídem.*

En el Cuarto transitorio antes transcrito se establece que la vigencia de la medida de prisión preventiva oficiosa debe ser revisada después de 5 años de su entrada en vigor y que para tal efecto los ejecutivos de las Entidades Federativas y de la Federación deben emitir informes que den cuenta de las condiciones de aplicación, tomando en consideración a los poderes judiciales, las fiscalías y los organismos de protección de Derechos Humanos.

Así lo advirtió el Ministro González Alcántara-Carrancá en su proyecto de sentencia sobre la inconstitucionalidad de la prisión preventiva oficiosa al decir que:

“Se destaca que el legislador de la Constitución al asumir la excepcionalidad de la aplicación de la prisión preventiva oficiosa, en la citada reforma al artículo 19 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 2019 ordenó evaluar la continuidad de su aplicación, eficacia y eficiencia en el sistema penal acusatorio, a los 5 años de la vigencia de dicho decreto, en los términos que detalló en el artículo Cuarto Transitorio.”⁵⁰

En dicho artículo encontramos claramente un ejemplo de legislación de atardecer en nuestra Constitución como consecuencia de un cambio en el contexto sobre el cual no se tiene información.

Sin embargo, se obviaron algunas cuestiones, tales como las consecuencias que debieran traer aparejados los resultados de la evaluación hecha a partir de los 5 años de vigencia, pues no queda claro qué es lo que sucederá si conforme a dicho análisis la medida no ha cumplido su objetivo. Es decir, no se sabe si quedará vigente o no, o qué es lo que ocurrirá en caso de que no se realicen los informes que se requieren.

Tampoco se han emitido los parámetros para la medición de la eficacia en la implementación a que hace referencia el último párrafo del artículo transcrito.

Por su parte, el Quinto transitorio establece una condición que desde nuestro punto de vista no ha sido suficientemente estudiada y que podría dar cabida a una interpretación de la prisión preventiva oficiosa que deje a salvo los derechos de la persona imputada y la facultad de la persona juzgadora de realizar el test de proporcionalidad que se requiere para dar cumplimiento a las obligaciones en materia de Derechos Humanos a que se encuentra sujeto el Estado Mexicano, ya que establece que todo lo relativo a la aplicación de la prisión preventiva oficiosa deberá hacerse de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 constitucional.

Dicho artículo, entre otras cosas, otorga a las personas imputadas la garantía de audiencia, la cual incluye las formalidades esenciales del procedimiento, que de conformidad con la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte son las siguientes:

⁵⁰ Proyecto de resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, recaído a la causa 315/2021.

- (i) la notificación del inicio del procedimiento;
- (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa;
- (iii) la oportunidad de alegar; y,
- (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y su **impugnación**.

Ello de conformidad con la siguiente jurisprudencia:⁵¹

“DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO.

*Dentro de las garantías del debido proceso existe un “núcleo duro”, que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Así, en cuanto al “núcleo duro”, las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la “garantía de audiencia”, las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente. Al respecto, el Tribunal en Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 47/95, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, página 133, de rubro: “**FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.**”, sostuvo que las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza.”*

⁵¹ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia 1a./J. 11/2014 /10a.), registro digital 2005716. DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO. Semanario Judicial de la Federación (el énfasis añadido es propio).

De ser esto así, toda persona sujeta a la medida cautelar de prisión preventiva (oficiosa o no) tiene derecho a impugnar la imposición de medida cautelar y por lo tanto la persona juzgadora podría hacer el análisis de proporcionalidad que se requiere para su imposición, salvando así la cuestión relativa a la arbitrariedad y contravención al régimen internacional de Derechos Humanos que se desprenden de otras interpretaciones, ya que el derecho a impugnar está presupuesto dentro de las formalidades esenciales del procedimiento.

La certeza jurídica que requiere un Estado de Derecho no puede ser interpretada como la simple permanencia de las normas en el sistema jurídico y no representa una meta en sí misma⁵², porque presupone que la regulación existente es justa y suficientemente adecuada para regular un fenómeno que ocurre en el mundo.

Por lo tanto, debemos incluir en nuestra definición de certeza jurídica un elemento de adaptabilidad que permita que las normas vigentes sigan estando compaginadas con la realidad que pretenden regular.

Por su parte, es imposible obviar el hecho de que el mundo en el que nos encontramos requiere respuestas nuevas para problemas que antes no se tenían y que en muchos casos no se cuenta con suficiente información para tener la seguridad de que la medida propuesta sea la adecuada. En tal escenario, consideramos que lo más propicio es recurrir a la racionalidad a través de esquemas que se encuentran plenamente probados como el método científico, pues como decía el académico David A. Stauss *“las mejores reglas... son las que se generan de un proceso evolutivo de prueba y error y continúan evolucionando después de ser anunciadas”*.⁵³

Por ello, la disposición constitucional relativa a la prisión preventiva oficiosa debe ser puesta bajo análisis para poder evaluar si cumple o no con el objetivo para el cual se promulgó, en caso de no hacerlo, debe eliminarse.

Lo cierto es que esta norma de atardecer que consideramos esta presente en el cuarto transitorio abre y seguramente abrirá un amplio debate fundado en lo dispuesto por la propia Constitución para analizar la conveniencia de la prisión preventiva oficiosa y el quinto transitorio da soporte o marca de alguna manera elementos a incluir en ese debate como lo es la existencia de la garantía de audiencia en dicha medida cautelar.

⁵² RANCHORDÁS, Sofia *“CONSTITUTIONAL SUNSETS AND EXPERIMENTAL LEGISLATION A Comparative Perspective”* [formato físico]. Primera edición. Massachusetts, EUA: Edward Elgar Publishing, Inc., 2014.

⁵³ Strauss David A. *“On the Origin of Rules (with Apologies to Darwin): A Comment on Antonin Scalia’s the Rule of Law as a Law of Rules”*, *Chicago Unbound* [en línea] volumen 75, número 997, 2008 [fecha de consulta: 27 de febrero de 2023] Disponible en: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3002&context=journal_articles