

El fundamento de la prisión preventiva oficiosa en México: antecedentes y situación actual

*Roberto A. Ochoa Romero**

Sumario. I. Introducción; II. Antecedentes; III. Situación actual; IV. A modo de conclusión.

Resumen. El artículo examina la evolución y aplicación de la prisión preventiva oficiosa en México, destacando cómo, pese a las reformas constitucionales de 2008 orientadas a limitar su uso, esta medida se ha expandido significativamente. Se argumenta que la figura, concebida como excepcional, ha pasado a ser una regla automática en diversos delitos, vulnerando principios como el debido proceso, la proporcionalidad y la presunción de inocencia. El texto evidencia que el sistema penal mexicano mantiene una orientación punitiva y preventiva que prioriza la privación de libertad sobre la protección de los derechos humanos, lo que contradice los estándares internacionales y las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract. The article examines the evolution and application of mandatory pretrial detention in Mexico, emphasizing that, despite the 2008 constitutional reforms aimed at limiting its use, this measure has expanded significantly. It argues that what was originally intended as an exceptional mechanism has become an automatic rule for various crimes, undermining principles such as due process, proportionality, and the presumption of innocence. The text reveals that the Mexican criminal justice system continues to follow a punitive and preventive logic that prioritizes deprivation of liberty over the protection of human rights, contradicting international standards and the rulings of the Inter-American Court of Human Rights.

Palabras clave. Prisión preventiva oficiosa, debido proceso, derechos humanos, reforma constitucional 2008, sistema penal mexicano

Keywords. Mandatory pretrial detention, due process, human rights, 2008 constitutional reform, Mexican criminal justice system

* Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro de número y segundo vicepresidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y abogado.

I. INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva, como medida cautelar, no ha dejado de estar presente (y creciente) en México, a pesar de las reformas constitucionales que, desde el año 2008, pretendían dotarla de un carácter excepcional. Se trata, básicamente, de la privación de la libertad que ha de cursar una persona durante el tiempo que dure su proceso penal y, en ciertos supuestos, también durante la investigación inicial.

Esa reforma constitucional, la del 18 de junio del 2008, fue la que implantó en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) las bases y los principios para el diseño y desarrollo de un nuevo sistema procesal penal de corte acusatorio y oral; un sistema que, según se pensó entonces, sería más acorde con las exigencias básicas del debido proceso. De ahí que el encierro preventivo recibiera un tratamiento de *ultima ratio* desde el artículo 19 de la Carta Magna nacional.

Sin embargo, las constantes reformas que ha sufrido desde entonces el artículo 19 de la Constitución general del país, concretamente en su párrafo segundo, dan cuenta de la expansión de una versión muy peculiar de esta figura que, actualmente, la ha llevado hasta sectores de la criminalidad que originalmente no habían sido considerados por el constituyente permanente.

Así es, esta expansión del ámbito de aplicación de la prisión preventiva se demuestra cuando se revisan los supuestos que habilitan la llamada “prisión preventiva oficiosa”. Si se sigue la cronología de las reformas que ha sufrido este precepto constitucional, es fácil reconocer que la intención del constituyente permanente no es otra sino extender el radio de aplicación de la figura en su versión “oficiosa” o, si se quiere, automática.

Y es esta versión de la prisión preventiva, efectivamente, la que viene generando distorsiones muy importantes en el ámbito del debido proceso (penal). Porque no se trata aquí de abrir un debate sobre la vigencia o el mantenimiento de la prisión preventiva dentro del orden constitucional y legal del país, sino solo de poner de relieve la incongruencia de esa particular manifestación de esta medida cautelar que, sin duda, limita *ex ante* el derecho a la libertad personal y rompe con las exigencias básicas del debido proceso; entre otras, con el derecho a una defensa adecuada y, de la mano de ésta, con el principio de contradicción.

La expansión, como se decía, de esta forma particular de la prisión preventiva genera la necesidad de cuestionar su fundamento. Sobre todo porque, según se ha dicho, la prisión preventiva *oficiosa* encontró alojamiento en el texto constitucional a partir de la reforma del 18 de junio del año 2008, lo cual resulta paradójico en la medida en que fue precisamente esa reforma la que dio vida al (nuevo) sistema procesal penal, pretendidamente más respetuoso de los derechos humanos; cuestión que tendría que haberse visto potencializada por otra reforma constitucional no menos importante cual fue la del 10 de junio del 2011. Pero no fue así. Por lo menos no en este concreto aspecto.

Pues bien, esta medida cautelar que en su versión natural o tradicional surgió bajo una óptica de excepción, ha ido perdiendo esa calidad para convertirse en un mandato dirigido al juez cuando se debe aplicar en un cierto catálogo de delitos cuyo receptáculo no es otro sino la propia CPEUM. En efecto, en su versión *oficiosa* la prisión preventiva se convierte en la regla cuando se trata de ciertos delitos señalados taxativamente en el artículo 19 constitucional; así, se prevé un catálogo de infracciones para las que, lejos de seguir el criterio de *ultima ratio*, la prisión preventiva se convierte en la única alternativa; además de que viene experimentando una expansión muy notable.

Así se evidencia, una vez más, el riesgo que conllevan las instituciones penales y procesales penales de excepción que surgen frecuentemente con una (supuesta) vocación de temporalidad; porque lo cierto es que terminan por cobrar carta de naturalidad y, lo que es peor, acaban por expandirse y alcanzar a otros sectores del ordenamiento penal que originalmente no comprendían.

Por esa razón es que interesa conocer los antecedentes y el fundamento político-criminal de la prisión preventiva oficiosa. Porque tal parece que las cosas no han cambiado mucho en este rubro, muy a pesar de la reforma en materia de seguridad y justicia del año 2008.

II. ANTECEDENTES

La imposición de la prisión preventiva, hasta antes de la reforma constitucional de junio del año 2008 -y aún ahora-, tenía (y tiene) que superar un primer presupuesto de orden constitucional. Se trata, concretamente, de lo que dispone el artículo 18 CPEUM en su párrafo primero:

Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

El primer presupuesto o requisito que ha de satisfacerse -antes y ahora- para que se pueda ordenar la prisión preventiva, es que se trate de un delito que tenga prevista pena corporal. Esta categoría de pena ha de interpretarse en línea de equivalencia con las penas privativas de la libertad, en particular, con la de prisión. De forma que solo en aquellos casos en los que el legislador ha decidido conminar la realización de una conducta criminalmente relevante con pena de prisión, puede haber lugar para la prisión preventiva.

Este primer presupuesto no exige nada en relación con la cantidad de pena, ni con su término medio aritmético, solo exige que se trate de delito que tenga prevista pena corporal.

Un segundo presupuesto se hallaba, de conformidad con el texto constitucional anterior a la reforma de junio de 2008, en el artículo 20, apartado “A”, fracción I, párrafo primero, CPEUM. Ahí, dentro del catálogo de las *garantías* de toda persona imputada, se leía:

Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

De acuerdo con lo dispuesto en esta primera fracción del artículo 20 apartado “A” -siempre sobre la base de su texto anterior a la reforma de 2008-, en todos los delitos que la ley calificara como graves, habría lugar a prisión preventiva, aunque aquí se manifestaba tal condición, *a sensu contrario*, en clave de *libertad provisional*.

Así, una persona que debiera enfrentar un proceso penal por un delito que tuviera señalada pena privativa de la libertad y, además, estuviera identificado como grave por la ley, tendría que sufrir ineludiblemente un encierro preventivo. Sí o sí.

Por su parte, la ley que reglamentaba esta fracción en términos de definir el catálogo de delitos graves, era el abrogado Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) -en el orden precisamente federal- y los respectivos códigos de procedimientos penales de las entidades federativas. Si se tiene en cuenta, por razones de espacio, solo el código procedimental federal, los delitos considerados graves eran los siguientes:

Artículo 194.- Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:

I. Del Código Penal Federal, los delitos siguientes:

- 1) Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, párrafo tercero;
- 2) Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;
- 3) Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;
- 4) Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter, financiamiento al terrorismo previsto en los artículos 139 Quáter y 139 Quinquies y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter.
- 5) Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
- 6) Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
- 7) Piratería, previsto en los artículos 146 y 147;

El fundamento de la prisión preventiva oficiosa en México...

- 8) Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
- 9) Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;
- 10) Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170;
- 11) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis párrafo tercero;
- 12) Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.
- 13) 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.
- 14) Se deroga
- 15) Se deroga
- 16) El desvío u obstaculización de las investigaciones, previsto en el artículo 225, fracción XXXII;
- 17) Falsificación y alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237;
- 18) Se deroga.
- 19) (Se deroga)
- 20) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 Bis;
- 21) Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286, segundo párrafo;
- 22) Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, cuando se cometa en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 315 y 315 Bis;
- 23) Homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;
- 24) Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;
- 25) Robo calificado, previsto en el artículo 367 cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XV, XVI y XVII;

- 26) Robo calificado, previsto en el artículo 367, en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 381 Bis;
- 27) Comercialización habitual de objetos robados, previsto en el artículo 368 Ter;
- 28) Robo de material radiactivo, material nuclear, combustible nuclear, mineral radiactivo o fuente de radiación, previsto en el artículo 368 Quinquies;
- 29) Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último;
- 30) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 Bis;
- 31) Los previstos en el artículo 377;
- 32) Extorsión, previsto en el artículo 390;
- 33) El previsto en el artículo 400 Bis;
- 33) Bis. Contra el Ambiente, en su comisión dolosa, previsto en los artículos 414, párrafos primero y tercero, 415, párrafo último, 416, párrafo último y 418, fracción II, cuando el volumen del derribo, de la extracción o de la tala, exceda de dos metros cúbicos de madera, o se trate de la conducta prevista en el párrafo último del artículo 419 y 420, párrafo último.
- 34) En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424 Bis.
- 35) Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 215-A.
- 36). En materia de delitos ambientales, el previsto en la fracción II Bis del artículo 420.

II. De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el previsto en el artículo 2.

III. De la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, los delitos siguientes:

- 1) Portación de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 83, fracción III;
- 2) Los previstos en el artículo 83 Bis, salvo en el caso del inciso i) del artículo 11;
- 3) Posesión de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, en el caso previsto en el artículo 83 Ter, fracción III;
- 4) Los previstos en el artículo 84, y
- 5) Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 84 Bis, párrafo primero.

IV. De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3o. y 5o.

V. De la Ley de Migración, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 159.

El fundamento de la prisión preventiva oficiosa en México...

VI. Del Código Fiscal de la Federación, los delitos siguientes:

- 1) Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 fracciones I a la IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III, segundo párrafo del artículo 104, y
- 2) Defraudación fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado se ubique en los rangos a que se refieren las fracciones II o III del artículo 108, exclusivamente cuando sean calificados.

VII. De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el artículo 223, fracciones II y III.

VIII. De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111; 112, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto la fracción V; 112 Bis; 112 Ter; 112 Quáter, y 113 Bis, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112;

VIII Bis. De la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los previstos en los artículos 432, 433 y 434;

IX. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los delitos previstos en los artículos 98, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones IV y V, 100, fracciones I y II, y 101;

X. De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los previstos en los artículos 112 Bis; 112 Bis 2, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 3, fracciones I y IV, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 4, fracción I, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112 Bis 3, y 112 Bis 6, fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo;

XI. De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, los previstos en los artículos 141, fracción I; 145, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones II, IV y V; 146 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo, y 147, fracción II inciso b), en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 146;

XII. De la Ley del Mercado de Valores, los delitos previstos en los artículos 373, 374, 375, cuando el monto de la disposición de los fondos o de los valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el artículo 2, fracción XIV, de dicha Ley, exceda de 350,000 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, 381, fracción II y 382, fracción II;

XIII. De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103, y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, y

XIV. De la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, los previstos en el artículo 96.

XV. De la Ley General de Salud:

- 1) La alteración y la contaminación de bebidas alcohólicas, previstas en las fracciones II y III, párrafo segundo, del artículo 464 de la Ley General de Salud.
- 2) Los previstos en las fracciones I, II y III del artículo 464 Ter, y en los artículos 475 y 476.

XVI. Los previstos en el Título Segundo de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de Estos Delitos, excepto en el caso de los artículos 32, 33 y 34 y sus respectivas tentativas punibles;

XVII. Los previstos en el artículo 49 de la Ley Federal para el Control de Sustancias Químicas Susceptibles de Desvío para la Fabricación de Armas Químicas, y

XVIII. De la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los previstos en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18.

XIX. De la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, el delito previsto en el artículo 114.

XX. De la Ley de Sociedades de Inversión, el delito previsto en el artículo 88.

XXI. De la Ley de Uniones de Crédito, el delito previsto en el artículo 125.

XXII. De la Ley de Ahorro y Crédito Popular, el delito previsto en el artículo 140.

XXIII. De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos, los delitos contenidos en dicho ordenamiento, con excepción de su artículo 9, fracción III, incisos a), b) y c), 12, fracciones I y II, 15, párrafo primero, 16 y 17, fracción I, párrafo segundo.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califica como delito grave.

Como se puede observar, el catálogo de delitos graves en el orden federal era muy amplio y consideraba infracciones penales de diversa naturaleza y gravedad; además de calificar como delito grave, asimismo, las tentativas punibles de las mismas conductas.

Sin perjuicio de reconocer la amplitud del catálogo de delitos graves del artículo 194 CFPP, es importante llamar la atención -en esta línea de revisión de los antecedentes de la regulación actual de la prisión preventiva y de su aparente aplicación por excepción en el marco del proceso penal actualmente vigente en México- sobre la aplicación prácticamente generalizada que habilitaba la regulación anterior del encierro cautelar. Esto es así porque, superado el primer presupuesto -el que ordena que se trate de un delito que tenga prevista pena corporal-, siempre habría lugar a la prisión preventiva. Bastaba con que el delito en cuestión tuviera una pena mínima, pero en todo caso privativa de la libertad, para que se afectara la libertad personal provisionalmente y, en consecuencia, el inculcado tuviera que seguir el proceso en prisión. Solo quedaba pendiente resolver si se trataba de un delito grave o no para efectos de decidir si cabría (o no) otorgar la libertad provisional bajo caución.

Así, si el delito estuviera considerado como grave por la ley, no habría lugar a libertad provisional. Nunca. Pero si el delito no fuera considerado como grave por la

El fundamento de la prisión preventiva oficiosa en México...

ley, entonces se abría la posibilidad de obtener la libertad provisional bajo caución en cualquiera de las formas que autorizaba la ley; aunque en estos casos, los de delitos no graves, la propia Constitución también permitía que, bajo ciertos supuestos, el Ministerio Público pudiera solicitar al juez que negara este beneficio (véase la segunda parte del párrafo primero del artículo 20, apartado "A", fracción I, CPEUM –en su texto anterior–, así como el artículo 399 bis del abrogado CFPP).

De esta manera, la amplitud de la prisión preventiva en su regulación anterior a la reforma constitucional de 2008 se explica por sí sola. Porque en una realidad legislativa penal como la nuestra, en la que un porcentaje altísimo de los delitos tiene prevista pena privativa de la libertad, la prisión preventiva se convertía en la regla general. Que podría evitarse o no, dependiendo de si el delito era considerado grave o no, es una cuestión que no aligeraba la cuestión, pues en los casos de delitos no graves, todavía hacía falta resolver si el inculpado tenía o no los recursos económicos para solventar una caución; de lo contrario, tendría que mantenerse también en prisión preventiva aunque se tratara de un delito no grave.

Sin duda, en el sistema procesal penal anterior la prisión preventiva era la regla y no la excepción, pues ¿cuántos delitos en la República mexicana tienen prevista pena privativa de la libertad? La respuesta no es sencilla en términos de cifras exactas, pero deviene muy simple si se tiene en cuenta que son muy raros los casos de delitos que no la tengan, o bien, en los que ésta sea alternativa. Eso significaba mucha prisión preventiva.

Pero la cuestión no termina ahí. Hay que recordar -hablando de antecedentes- que la restricción de la libertad personal por la vía de la prisión preventiva se extendía, aunque de forma material y no conceptual, a los plazos de retención ante el Ministerio público (ver artículo 399 del abrogado CFPP). Para definirlos, el artículo 16 constitucional señalaba, en su entonces párrafo séptimo, lo siguiente:

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

Así las cosas, cuando se tratara de un delito que tuviera señalada pena privativa de la libertad y, además, estuviera considerado como grave por la ley, la imposibilidad de enfrentar en libertad la investigación del delito (averiguación previa) y, en su caso, el proceso penal, era absoluta. Si el delito no fuera considerado grave, volvemos al problema de la accesibilidad de la caución.

Por esa razón, si se tratara de responder aquí la pregunta sobre cuáles delitos, conforme al texto constitucional anterior, merecían prisión preventiva, la respuesta no podría ser otra sino ¡casi todos!

Pues bien, teniendo en cuenta las bases expuestas, conviene reflexionar sobre el fundamento político-criminal de la prisión preventiva en el marco del proceso penal anterior. Porque se trataba de un sistema en el que, como ya se adelantó, la prisión preventiva era la regla y no la excepción. ¡Y cómo no iba a ser así!, si estamos todavía frente a un régimen de Derecho penal en el que se privilegia, cada vez más y con mayor rigor, la pena privativa de la libertad como reacción estatal (favorita) frente al delito.

La amplitud del conjunto de casos que permitían la aplicación de la prisión preventiva en el sistema procesal penal mixto, no podía significar sino una apuesta político-criminal muy nítida a favor de la prevención general por intimidación. En efecto, porque al tiempo que se prevén penas privativas de la libertad que, en un buen número de casos, pueden considerarse desproporcionadas si se les enfrenta con el contenido material del injusto de los delitos para los que se eligen, se habilita un sistema de encierro preventivo prácticamente generalizado que parte de la misma base. Así, no queda más que afirmar que el fundamento de la prisión preventiva, de imposición así, tan amplia, no puede ser otro que la prevención general negativa.

Pero el régimen general de aplicación de la prisión preventiva, construido sobre la base de la pena privativa de la libertad y del catálogo de delitos graves, fundamentalmente, también traía consigo una buena dosis de prevención especial negativa, pues se parte de la idea, sobre todo en el referido listado de delitos, que quien los cometa lo hace como manifestación de una incuestionable y poco debatible tendencia personal hacia el crimen, de suerte que el encierro preventivo habría de producirse, automáticamente, sobre la base del título de imputación y de la *supuesta* peligrosidad del sujeto que lo realiza.

En definitiva, se trataba de una cuestión justificada sobre la base de la *peligrosidad personal*, la cual se tendría por verificada en razón del delito cometido. El encierro preventivo, por tanto, se convertía en la alternativa más adecuada para prevenir la realización de otras conductas lesivas a cargo del mismo autor.

III. SITUACIÓN ACTUAL

El 18 de junio del año 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el decreto de reforma constitucional en materia de seguridad y justicia. Este decreto marcó el principio del fin del llamado proceso penal mixto, para lo cual se dispuso una *vacatio legis* de ocho años.

En lo que respecta a la prisión preventiva, el artículo 18 constitucional, párrafo primero, mantiene vigente el presupuesto aplicativo por virtud del cual se exige que se trate de delitos que tengan prevista pena corporal.

Por su parte, el (nuevo) artículo 19 constitucional, párrafo segundo, recogería el tratamiento que habría de darse a la prisión preventiva a partir de entonces:

El fundamento de la prisión preventiva oficiosa en México...

El Ministerio Público solo 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 delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Esta era la versión original del párrafo segundo del artículo 19 CPEUM. Ahí se ordenaba un tratamiento por excepción de la prisión preventiva (ver artículo 19, párrafo segundo, del Código Nacional de Procedimientos Penales –CNPP–), la cual se habilitaba solo por petición del Ministerio Público, ante la insuficiencia de otras medidas cautelares más adecuadas “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”. A esta forma de la prisión preventiva se le ha venido denominando *justificada*, vale tanto como decir *probada* o *evidenciada*.

Hay que reconocer que la prisión preventiva justificada tenía (y tiene) un tratamiento muy cercano a las hipótesis bajo las cuales se podía negar, en el sistema tradicional, la libertad provisional bajo caución en los casos de delitos no graves. En efecto, el artículo 20, apartado “A”, fracción I, CPEUM, permitía negar ese beneficio, también a petición del Ministerio Público, cuando el inculcado hubiera sido condenado con anterioridad por algún delito de los señalados como graves por la ley, o cuando el Ministerio Público aportara elementos al juez “para establecer que la libertad del inculcado representaba, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad”.

Pero fue en la segunda parte del párrafo segundo del mismo artículo 19 constitucional, donde el constituyente permanente decidió incorporar la prisión preventiva *oficiosa*; un régimen de excepción que se convirtió en un mandato para que el juez ordenara la medida cautelar “en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves” que determinara “la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”.

Ciertamente parecía que la excepción habría de concentrarse (y condensarse) únicamente en unos cuantos delitos que comportan una especial dañosidad social. Pero eso fue hace varios lustros. Al día de hoy, después de cuatro reformas, el texto del artículo 19, párrafo segundo, CPEUM, es como sigue:

El Ministerio Público solo 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 y 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, extorsión, delitos previstos en las leyes aplicables cometidos para la ilegal introducción y desvío, producción, preparación, enajenación, adquisición, importación, exportación, transportación, almacenamiento y distribución de precursores químicos y sustancias químicas esenciales, drogas sintéticas, fentanilo y derivados, 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, delito de terrorismo y de los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, de la salud, del libre desarrollo de la personalidad, contrabando y cualquier actividad relacionada con falsos comprobantes fiscales, en los términos fijados por la ley. A cualquier nacional o extranjero involucrado en la fabricación, distribución, enajenación, traslado o internación al territorio nacional de manera ilícita de armas, y a cualquier extranjero que realice actividades al margen de la ley vinculadas con los párrafos segundo y tercero del artículo 40 de esta Constitución, se le impondrá la pena más severa posible, así como la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa. Para la interpretación y aplicación de las normas previstas en este párrafo, los órganos del Estado deberán atenerse a su literalidad, quedando prohibida cualquier interpretación análoga o extensiva que pretenda inaplicar, suspender, modificar o hacer nugatorios sus términos o su vigencia, ya sea de manera total o parcial.

Como se puede observar, el tratamiento original de la prisión preventiva justificada no ha sufrido ninguna modificación importante. Sin embargo, aún sin necesidad de llevar a cabo una revisión minuciosa, se puede verificar a simple vista que el catálogo de delitos que originalmente habilitaban la prisión preventiva en su versión *oficiosa*, sí ha sido modificado y, en consecuencia, ha aumentado significativamente. Y ese ha sido, sin duda, el propósito central -con sus más y sus menos- de cada una de las reformas que ha sufrido este párrafo del artículo 19 CPEUM.

Ahora bien, a diferencia del catálogo de delitos graves del sistema procesal penal anterior, en el artículo 19 constitucional se han utilizado, tan indebida como imprecisamente, los *nomen iuris* de algunos delitos (v. gr.: extorsión, secuestro, violación), las materias a las que se refieren o con las que se relacionan otros tantos (v. gr.: hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, o desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares), así como el bien jurídico que podría resultar afectado en lo principal (v. gr.: seguridad de la nación, salud, libre desarrollo de la personalidad), con el propósito de conformar el catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva en su versión *oficiosa*.

El fundamento de la prisión preventiva oficiosa en México...

Al mismo tiempo, se recupera y utiliza la estrategia de remisión a la ley secundaria. Así queda demostrado cuando se suman a la lista *los delitos graves que determine la ley* en contra de la seguridad de la nación, de la salud y del libre desarrollo de la personalidad.

En este sentido es importante hacer notar que el uso indistinto del *nomen iuris*, de la materia, o del bien jurídico protegido –principalmente- para definir el catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva *oficiosa*, amplifica el listado de infracciones del artículo 19 constitucional, párrafo segundo. Por ejemplo, cuando se citan en el referido artículo 19 los delitos “en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea”, no se está haciendo una referencia precisa a un delito o a dos, sino a todos los que comprenda la ley de la materia que, sin duda, son muchos más.

Ahora bien, en lo que respecta a la ley secundaria, el artículo 167 CNPP, párrafo quinto -y fracciones- se encarga de enlistar, no sin excesos, los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa:

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.

Además, el párrafo cuarto de este mismo artículo hace un reenvío a diversas leyes especiales para localizar e identificar otros delitos que ameritan la imposición de prisión preventiva oficiosa:

Las leyes generales de salud, secuestro, trata de personas, delitos electorales y desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, así como las leyes federales para prevenir y sancionar los delitos cometidos en materia de hidrocarburos, armas de fuego y explosivos, y contra la delincuencia organizada, establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa de conformidad con lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por otro lado, al igual que en el sistema procesal penal mixto (también conocido como tradicional), la materialidad de la prisión preventiva y, en particular de la *oficiosa*, puede extenderse a los plazos de retención ante el Ministerio Público. Así se desprende del artículo 140, párrafo primero, CNPP, que indica:

En los casos de detención por flagrancia, cuando se trate de delitos que no merezcan prisión preventiva oficiosa y el Ministerio Público determine que no solicitará prisión preventiva como medida cautelar, podrá disponer la libertad del imputado o imponerle una medida de protección en los términos de lo dispuesto por este Código.

En efecto, esta disposición -interpretada en sentido contrario- reconoce que, en aquellos casos de delitos que merezcan prisión preventiva *oficiosa*, o bien, en los que el Ministerio Público determine que habrá de solicitar dicha medida cautelar justificadamente, el imputado deberá ser retenido -sin más alternativas- por los plazos que autoriza el párrafo décimo del artículo 16 constitucional, esto es, por cuarenta y ocho o por noventa y seis horas.

El fundamento de la prisión preventiva oficiosa en México...

Así, en el marco del sistema procesal penal acusatorio y oral, solo cuando se trate de delitos que tengan prevista pena corporal –que siguen siendo una aplastante mayoría en la legislación penal federal y en las de las entidades federativas-, habrá lugar a prisión preventiva por petición del Ministerio Público en su modalidad justificada. Ni qué decir sobre los casos que la habilitan en su versión oficiosa. En los dos casos, la restricción de la libertad personal se puede extender a los plazos constitucionales de retención ante la autoridad ministerial.

Pues bien, una vez ha sido revisado el estado de la cuestión en el sistema procesal penal acusatorio y oral, es oportuno analizar el fundamento político-crimal de la multicitada medida cautelar *oficiosa*, para enfrentarlo con aquél que se ofreció como basamento de la misma figura en el sistema procesal penal anterior.

Por principio de cuentas, hay que destacar que la figura de la prisión preventiva *oficiosa* se localiza directamente en el texto de la Constitución general del país; su ubicación, ni más ni menos que en el texto de la Carta Magna nacional, no puede significar sino una forma de garantizar su conocimiento por la ciudadanía, al tiempo que se evita cualquier suerte de señalamiento sobre su (in) constitucionalidad, tal y como ha sucedido años atrás con otras figuras de similar calado (v. gr.: arraigo).

En este contexto, no queda más que afirmar la influencia claramente preventiva de la cuestión. En primer lugar, en su vertiente de prevención general negativa, en la medida en que la prisión preventiva oficiosa se hace saber, con efectos generales, desde la Constitución general de la República y se refuerza desde la ley procesal penal nacional; y, en segundo lugar, con una poderosa dosis de prevención especial negativa, en razón de que quien lleve a cabo alguna de las conductas que están previstas desde la Constitución para habilitar esta medida cautelar *oficiosa*, se consideran merecedoras, irremediabilmente, de una medida de inocuización.

Se parte, nuevamente, de un presupuesto de peligrosidad personal intrínseca que se justifica, en los mismos términos, por el solo título de imputación.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Aquí se ha visto que en el sistema procesal penal tradicional o mixto, la ecuación compuesta por un delito que tuviera prevista una pena privativa de la libertad, más su localización dentro del catálogo de delitos graves, era igual a prisión preventiva inamovible. En caso de que no se tratara de delito grave, la prisión preventiva, que se aplicaba por principio de cuentas, podía ser sustituida por una garantía, la cual podía presentarse bajo cualquiera de las categorías reconocidas por la ley.

Por su parte, en el (nuevo) sistema de proceso penal acusatorio y oral, la ecuación está diseñada de manera similar: que se trate de un delito que tenga prevista

pena privativa de la libertad (art. 18 CPEUM), más su consideración como delito que amerite prisión preventiva *oficiosa* (art. 19 CPEUM), es igual a encierro preventivo inamovible. Si no se trata de un delito de prisión preventiva oficiosa, todavía subsiste la posibilidad de que se produzca la prisión preventiva si el Ministerio Público la solicita de manera justificada.

Así, dada la influencia claramente positivista de esta atormentada modalidad de medida cautelar, concretamente de prevención general y especial negativas, no parece que haya diferencia alguna en cuanto al fundamento político-criminal de la prisión preventiva automática en uno y otro esquema procesal penal.

La prisión preventiva *oficiosa* mantiene vigente el andamiaje legal tradicional con respecto a la libertad personal durante el proceso y su concepción como regla de tratamiento procesal para determinados delitos. Con todas sus consecuencias frente a las exigencias básicas del debido proceso.

En efecto, la multitudada reforma constitucional del 18 de junio del año 2008, que presentó, originalmente, un catálogo reducido de delitos que ameritarían prisión preventiva *oficiosa*, pretendió privilegiar el derecho a la libertad personal en todas las fases del proceso penal. De ahí que se restringieran las formas de afectación de la libertad personal, eliminando la posibilidad de que la prisión preventiva se produjera prácticamente para todos los delitos que tuvieran prevista pena corporal, permitiendo que solo bajo ciertos supuestos y mediando solicitud fundada y motivada del Ministerio Público, hubiera lugar a prisión preventiva.

Pero al día de hoy, ese propósito no parece mantenerse ni siquiera en el texto constitucional. Y esto es especialmente así porque el catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa ha crecido muy notablemente.

En efecto, si se realiza un análisis cuidadoso del texto actualmente vigente del artículo 19 constitucional, en su párrafo segundo, se verificará que el listado de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa es más extenso que su antecesor de delitos graves. Porque no basta con revisar los delitos a que pude aludir el referido artículo 19, sino de verificar cuidadosamente todos y cada uno de los delitos que, en efecto, pueden ser incorporados a ese catálogo por virtud del uso de cláusulas abiertas como “delitos en materia de...” o “delitos cometidos en contra de...”. Tales fórmulas legislativas habilitan la incorporación de un número cada vez mayor de infracciones penales al listado, en la medida en que se produzcan más reformas a las leyes que prevean tales delitos. Baste señalar, por ejemplo, las más recientes reformas a la Ley federal de armas de fuego y explosivos.

De forma tal que la libertad personal habría ganado terreno, en el marco del sistema procesal penal acusatorio, solo de manera aparente y, en exclusiva, en el ámbito de la prisión preventiva justificada, pero lo estaría perdiendo, a velocidad de vértigo, por virtud de la expansión de la prisión preventiva *oficiosa*.

El fundamento de la prisión preventiva oficiosa en México...

En este orden, no se advierten diferencias materiales entre la prisión preventiva inamovible por delito grave del sistema procesal penal anterior y la actual prisión preventiva *oficiosa*. Solo que la previsión actual se puede considerar todavía más grave en razón de que se desarrolla desde la CPEUM.

Si antes se ordenaba esta medida cautelar desde el texto constitucional en aquellos casos que el legislador considerara como delitos graves, en la actualidad no solo se mantiene la misma línea de remisión a la ley secundaria, sino que, además de que se implanta un listado preliminar de delitos en la Constitución del país, se impone al órgano jurisdiccional la obligación de ordenar la medida, sin siquiera dar la oportunidad de que el imputado ejerza acciones de defensa.

De esta forma no solo se comprometen las reglas básicas del debido proceso, especialmente en lo que respecta al debate sobre las medidas cautelares –contradicción, intermediación, proporcionalidad, *ultima ratio*–, sino que, de origen, se rompe con el principio de tercioedad en la posición del juez, quien pasa de ser un órgano de control y resolución de las propuestas o posiciones articuladas por las partes, para convertirse en un sujeto (parcial) procesalmente activo y con un interés particular que significa el encarcelamiento preventivo del imputado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ya ha señalado puntualmente esta cuestión en dos importantes resoluciones vinculantes para el Estado mexicano: las sentencias de los casos Tzompaxtle Tecpile y otros contra México (2022), y García Rodríguez y Alpízar Ortiz contra México (2023). Sin embargo, las más recientes reformas al artículo 19 constitucional en esta materia permiten observar, nítidamente, que el horizonte hacia el cual se orienta la prisión preventiva oficiosa en México no es otro sino el de su permanencia y amplificación.

En definitiva, el discurso que soporta el Derecho penal de autor, las fórmulas de excepción y el Derecho penal *premier*, sigue estando vigente a pesar de la apuesta nacional a favor del proceso penal acusatorio y oral y, en especial, de la libertad como principio rector.

Lo dicho: el riesgo del uso y abuso de esta suerte de estrategia penal y procesal penal es que, más pronto que tarde, deja de ser temporal y termina expandiéndose y consiguiendo carta de naturalidad.

