

Prisión preventiva oficiosa

Aquí reaparece otro gran tema del orden penal: las medidas cautelares, especialmente la prisión preventiva, a la que antes aludí brevemente. Recordemos los argumentos esgrimidos en contra y a favor de esta privación provisional de la libertad, que ocurre cuando aún no se cuenta con sentencia condenatoria sobre hechos y responsabilidad, debidamente probados, del individuo sometido a reclusión. La prisión preventiva es una figura anómala frente a la proclamación —que gobierna el orden procesal desde finales del siglo XVIII— de que se presume la inocencia de una persona mientras no se dicte sentencia condenatoria en su contra. Es una pena que se anticipa a la condena, señaló César Beccaria en ese siglo. Por otro lado, se admite la prisión preventiva —y antes de ella, la detención cautelar— como un “mal inevitable”.

En el choque de estas opiniones se ha aceptado —a regañadientes o con entusiasmo— que subsista la prisión preventiva en un número reducido de hipótesis fuertemente acotado: cuando se teme que el imputado se sustraerá a la acción de la justicia y cuando la libertad de éste pone en serio riesgo la reunión de pruebas y la seguridad de los participantes en el proceso. A esas hipótesis “naturales” se han agregado otras, mucho más numerosas y de carácter genérico, fuera de consideraciones acerca del sujeto sometido a proceso. Tales hipótesis corresponden a “series” de prohibiciones de la libertad dirigidas, indiscriminadamente, contra sujetos que presumiblemente han cometido delitos graves, que entrañan gran daño social y peligro para las víctimas y la comunidad. La jurisprudencia de la CortelDH se ha pro-

nunciado en contra de estas exclusiones genéricas, en “serie”, de beneficios procesales, que no atienden a las condiciones específicas del caso o del sujeto *sub judice*. Así se indica, por ejemplo, siguiendo una línea jurisprudencial constante, en la sentencia *Pollo Rivera y otros vs. Perú*, del 21 de octubre de 2017.

La opción expansiva de la medida cautelar se halla en el fundamento de las novedades incorporadas en el artículo 19 constitucional, a propósito de la prisión preventiva, que ha prosperado más allá de adecuadas precisiones y salvedades. En la normativa acerca de la medida cautelar que ahora examino es necesario resolver, ante todo, si la decisión sobre esa medida cautelar corresponderá al juzgador, que ponderará las condiciones del caso que conoce, o se fijará en la ley determinado conjunto de supuestos en que inexorablemente se aplique al inculgado prisión preventiva, en una suerte de “pre juicio” del legislador, que desecha la apreciación —y la obligación— del MP y el “juicio” y el deber del tribunal.

No puedo seguir la trayectoria completa de la legislación nacional sobre esta materia, que ha sido zigzagueante, movida por los partidarios y los adversarios de la prisión preventiva —o bien, considerando el punto desde otra perspectiva, de la libertad—, al calor de las circunstancias de mayor o menor seguridad en el país y de la presión que ejercen las autoridades a cargo de la materia, que determinan el rumbo de lo que solemos llamar opinión pública. Muchas autoridades han declarado que la prevención del delito corre por el cauce de la prisión preventiva más que por el de la eficiencia —o mejor dicho, la extrema ineficiencia— con el que aquellas cumplen sus deberes de prevención y supervisión.

Fue así que en paralelo a la reforma sobre seguridad y Guardia Nacional avanzó una reforma constitucional que amplió el número de hipótesis en que se aplica la denominada prisión preventiva oficiosa. Inicialmente las propuestas reformadoras fueron extremosas; posteriormente se moderó hasta cierto punto el número de hipótesis de prisión oficiosa. Pero es preciso observar que en el curso de la deliberación y decisión sobre esta materia quedaron frente a frente la opción moderadora y la solución expansiva. Ésta prevaleció.

Al inicio de este trabajo mencioné los dictámenes de las cámaras del Congreso de la Unión en los que se aludió al tema que ahora me ocupa. El antecedente de la reforma incorporada al artículo 19 se halla en varias iniciativas de reforma constitucional presentadas ante la Cámara de Senadores. A ellas recayó un dictamen del 28 de noviembre de 2018, elaborado por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, Segunda, y aprobado por mayoría de votos. Este dictamen sustentó el proyecto adoptado por los senadores y remitido a la Cámara de Diputados. En ésta, la Comisión de Puntos Constitucionales dictaminó el 15 de enero de 2019, y redujo los supuestos de prisión preventiva oficiosa previstos en la minuta del Senado. Empero, la posición moderada no pasó a la reforma, que nuevamente extendió el catálogo de aquellos supuestos en los términos adoptados por el Senado.

Veamos los pasos de este proceso. El texto del artículo 19 constitucional, establecido en la reforma de 2008 y revisado en la de 2019, consideraba los siguientes supuestos de prisión preventiva oficiosa: delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas (agregado en reforma de 2011), 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”, categorías, estas últimas, que abren la puerta a infinidad de hipótesis, provistas por la razón o la imaginación del legislador secundario.

Como señalé, en la Cámara de Senadores —cuerpo de origen de la reforma a aquel precepto constitucional— se quiso añadir una retahíla de ilícitos: abuso o violencia sexual contra menores; feminicidio; 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, y delitos en materia de armas de fuego y

explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Es preciso ponderar la cantidad de supuestos ilícitos que podrían quedar abarcados en esa formulación y sujetos a la discreción normativa del legislador secundario, federal o local, pues se trata de puntos de derecho penal sustantivo.

Ya señalé que el tema llegó a la Cámara de Diputados, que revisó el torrente propuesto por la colegisladora y redujo el elenco de los nuevos supuestos de prisión preventiva oficiosa, sin perjuicio de recoger, como era natural, los argumentos presentados en la deliberación de los senadores acerca de los motivos que impulsan a reformar el artículo 19, derivados de las condiciones de inseguridad e impunidad que prevalecen en el país.

Asimismo, ese documento del 15 de enero citó detalladamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana acerca de la excepcionalidad de la prisión preventiva y su empleo en el marco de situaciones que pudieran justificar esta restricción severa del derecho a la libertad personal. Considerando este conjunto de elementos, el dictamen sugirió reconocer la necesidad de reformar el artículo 19, pero al mismo tiempo planteó una reducción importante en el conjunto de hipótesis que podrían determinar la prisión preventiva oficiosa.

Es orientador recordar algunos textos del dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados que estoy examinando, a propósito de la propuesta de reforma, donde se dijo 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 de justicia penal”, el Estado debe contar con instrumentos que protejan a la sociedad, generen certidumbre y reduzcan la incidencia de delitos. México está inmerso —se aseguró— en una problemática de “impunidad e inseguridad”. Por ello “nuestra legislación debe ser ajustada y fortalecida”.

El dictamen de los diputados también consideró los pareceres de quienes cuestionan la prisión oficiosa: “esa tendencia es violatoria de la presunción de inocencia, debido

proceso, seguridad jurídica, independencia judicial, igualdad, integridad de las personas y el principio de progresividad de los derechos humanos, principalmente”. Frente a este dilema, el dictamen “ha considerado el mínimo posible de afectación a esa perspectiva respetable y legítima de los derechos humanos, debido a que se pondera que la situación en México es de emergencia y se justifica”. Esto así, debido a que “se encuentra en entredicho su propia naturaleza de Estado constitucional de derecho y de sus instituciones, salvaguardar la integridad de su pueblo y sacar a la corrupción de sus instituciones”.

El Pleno de la Cámara de Diputados no siguió la ruta moderadora sostenida por el dictamen y volvió a extender los supuestos de prisión preventiva oficiosa. Éstos son: “abuso o violencia sexual contra menores [hipótesis agregada al catálogo del dictamen], delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio [hipótesis agregada], violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación [hipótesis agregada], 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 [hipótesis agregada], delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares [hipótesis agregada], 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 [hipótesis agregada], 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”.

En fin, el texto que ganó la voluntad del Poder Revisor acogió esta amplia relación de ilícitos —entre ellos, una vez más, conductas de muy amplia caracterización: hasta donde la “necesidad” alcance o las “circunstancias” lo aconsejen— y conservó, como lo había hecho el Senado, el “cajón de sastre” que ya figuraba en el texto anterior del artículo 19: los otros delitos graves que determine la ley, relacionados con la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud.

En la cuenta del Constituyente Permanente figuran varios preceptos transitorios del decreto que contiene el nuevo texto del artículo 19. Algunos tienen que ver con el inicio de vigencia vinculada a disposiciones o actos de orden secundario. Otros van más lejos y más a fondo, porque procuran racionalizar el sistema adoptado. Es así que se dispuso evaluar el régimen de prisión preventiva oficiosa “para determinar la continuidad de su aplicación, a partir de los cinco años cumplidos de la vigencia” del decreto de reforma constitucional.

No vendrá mal esa revisión, como la de otras aportaciones de las reformas de 2018-2019, e incluso las de 2008. La revisión aludida, que abarcará tanto “la eficacia de esta medida cautelar” como “la eficiencia del sistema penal acusatorio”, tomará en cuenta diversos elementos —llamados “críticos”— pertinentes para tal fin, provistos por fuentes oficiales y por organismos de protección de los derechos humanos. Los parámetros para la medición de eficacia figurarán en la ley (artículo cuarto transitorio).

El artículo quinto transitorio quiso salir al paso de otro problema ventilado en la discusión general y parlamentaria, y para ello señaló que la aplicación del artículo 19 en los supuestos delictivos “materia del presente decreto”, se hará “conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución”. Considero que en virtud de que se habla de los supuestos delictivos “materia del decreto”, habrá que reducir el alcance de esta disposición a los ilícitos incorporados en 2019, puesto que los que ya figuraban antes de la reforma no son “materia del decreto”, y no los modificó. La referencia al artículo 14 parece referirse a la aplicación retroactiva de la norma que ordena la prisión oficiosa. Si se ha querido impedir cualquier forma de retroactividad desfavorable, habría que excluir de la preventiva oficiosa a quienes se hallan sujetos a procedimiento penal iniciado conforme al texto anterior a la vigencia del nuevo texto de 2019. He aquí otro punto opinable, que debió contar con solución explícita y clara, no sólo con un envío al artículo 14, sujeto a diferentes interpretaciones.

Relacionemos el tema que estamos examinando con la realidad que tenemos a la vista, sin hablar de la que podremos tener en poco tiempo, una vez que entren en vigor

la reforma y su reglamentación. Recordemos las cifras que mencioné *supra*: en el conjunto de la población penitenciaria de nuestro país, 197,988 reclusos, poco más de 122 mil son sentenciados y más de 72 mil son procesados. Esta es una cifra muy elevada, que entra en tensión o en franca colisión con la tesis constitucional sobre presunción de inocencia. Habrá que analizar y resolver las incongruencias y las paradojas que prevalecen y retomar al análisis de los motivos que determinan el alto número de presos sin condena, así como examinar de nueva cuenta esta materia de cara al clamor social contra la impunidad y al fenómeno de la llamada “puerta giratoria”.

Por cierto, quienes frecuentemente insisten en la necesidad de incrementar el catálogo de delitos a cuyos (probables o presuntos) responsables se les debe aplicar prisión preventiva (un catálogo en crecimiento), deberían tomar en cuenta algunas consideraciones relevantes. En primer término, conviene que analicen de nuevo la contradicción que existe entre esa exclusión obligada de libertad y la doctrina procesal más avanzada (y democrática), así como la jurisprudencia de la CortelDH. Ésta rechaza la exclusión de beneficios o derechos procesales (como la libertad provisional) o ejecutivos que se instala en la consideración del delito imputado (exclusiones automáticas, en serie) y no en las condiciones específicas del justiciable y del proceso que se le sigue.

A lo anterior es preciso agregar, como punto de importancia decisiva, la indispensable reflexión acerca de la posibilidad que ya existía en la primera parte del segundo párrafo del artículo 19, y que subsiste tras la reforma de 2019, de aplicar prisión preventiva cuando se trate de delitos no calificados como graves. Esta posibilidad depende del adecuado desempeño —y la responsabilidad consiguiente— del MP y el juzgador.

Los favorecedores de la prisión oficiosa, convertida en automática e ineludible, parecen olvidar que el segundo párrafo del artículo 19 constitucional faculta al juzgador para imponer prisión preventiva, a petición del MP, cuando aquella resulte indispensable 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, entre otros supuestos. ¿No es eso lo que se busca al crear hipótesis de delitos graves? ¿Se quiere relevar a través de nuevos mandatos constitucionales, que imponen el encarcelamiento forzoso en serie y sin discriminación, el deber que ya tienen el MP y el tribunal? Insistamos: la prisión preventiva oficiosa sustituye el razonamiento casuístico del MP y del juzgador, que serían indispensables a título de *conditio sine qua non* para la privación de libertad, por el perjuicio —es decir, el juicio *a priori*, general y absoluto— del legislador, que ordena la reclusión de grupos de individuos sin ponderar, como sería preciso, las circunstancias que concurren en cada caso.