

# Los delitos graves en la reforma constitucional-penal de 2008\*

Juan Manuel Ramírez Delgado\*\*

SUMARIO: I. *Resumen*; II. *Antecedentes*; III. *La reforma constitucional de 2008*; IV. *Delitos graves conforme al artículo 19 constitucional*; *Conclusiones*; *Referencias*.

## I. Resumen

Una de las figuras jurídicas procesales de mayor trascendencia en el Derecho penal es la privación de la libertad durante el proceso que se le sigue al presunto responsable de un hecho delictuoso. Esa situación procesal que sufre el imputado, se aplica en los casos de que el delito cometido sea uno de los calificados como graves, los que son definidos al arbitrio del legislador mediante un catálogo de los mismos que suelen describir en la ley adjetiva penal.

En 1993 se hicieron algunas reformas al artículo 20 Constitucional y en el primer párrafo se describieron por primera vez los denominados delitos graves, para sustituir una caduca y obsoleta operación matemática para precisar en qué casos una persona inculpada por un delito, podía o no, obtener el

\* Se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008

\*\* Maestro en Política Criminal por la UASLP.

beneficio de la libertad provisional bajo caución y evitar el ser recluso en prisión preventiva durante el tiempo que durara el proceso. El resultado era que en la práctica el número de esas personas sujetas a proceso era mucho mayor que aquellas que ya habían sido sentenciadas a pena de prisión, de manera que se buscó una alternativa y se pensó que la solución sería sustituir aquella operación matemática por la descripción de los delitos graves.

Después de dieciocho años de vigencia de esa medida, las autoridades han constatado que la modificación no rindió los resultados esperados y las instituciones penitenciarias padecen una sobrepoblación que sólo crea conflictos de seguridad y violatorios de los derechos humanos. Razón por la que nuevamente se hicieron algunas reformas a la Constitución para implementar en el ámbito procesal penal la aplicación del sistema acusatorio, que entre otros aspectos se pretenden aplicar los juicios orales. Con este novedoso cambio procesal se buscan varios objetivos: hacer realidad una justicia pronta y expedita, proteger y respetar con mayor énfasis las garantías del imputado, evitar en lo posible su privación de libertad durante el proceso a través de varias opciones como la aplicación de medidas cautelares o providencias precautorias diferentes a la prisión preventiva. En consecuencia, esto modificó sustancialmente aquella descripción del artículo 20 constitucional sobre los delitos graves, los que ahora están descritos de manera confusa y ambigua en el segundo párrafo del artículo 19 que si el legislador secundario no tiene cuidado al momento de describirlos en las leyes procesales, pueden provocar injusticias o impunidad.

## II. Antecedentes

Durante varios años se tuvo vigente en el artículo 20 constitucional una regla matemática aplicable en general en todos los ámbitos judiciales, para efectos de que el presunto responsable de un delito, tuviese derecho a una libertad provisional bajo caución.

La regla consistía en sumar el mínimo y el máximo de la pena de prisión señalada para el supuesto delito cometido por el inculcado, si el término medio de la suma de esos dos extremos resultaba menor a cinco años, entonces esa persona podía obtener su libertad provisional bajo caución. En caso contrario, si la suma excedía esos cinco años, entonces quedaba privado de su libertad

en prisión preventiva durante todo el proceso hasta que culminara con la resolución judicial que podía ser una sentencia condenatoria o absolutoria.<sup>1</sup>

Pero en el año 1993 de manera sorpresiva se publicaron varias reformas a la Constitución y posteriormente a las leyes penales federales, sustantiva y adjetiva, para efectos de adoptar en el país las ideas y principios jurídico-penales del finalismo alemán, de esta manera se publicaron primeramente las reformas a la Constitución<sup>2</sup> y posteriormente a los ordenamientos penales sustantivo y adjetivo federales.<sup>3</sup> A la primera le fueron modificados los artículos 16, 19, 20 y se derogó el 119; respecto a los segundos, fueron muchos los artículos reformados y adicionados, destacando en este caso el contenido del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, pues en este artículo se enumeran los delitos calificados como graves para el ámbito federal y que más adelante explico por ser el tema central de este ensayo.

Respecto a los artículos constitucionales, me refiero muy específicamente al contenido de la fracción I del artículo 20, pues modificó o mejor dicho sustituyó aquella suma entre el mínimo y el máximo señalados para la pena de prisión del delito cometido para efectos de que el presunto responsable

<sup>1</sup> Tesis Aislada. No. Registro 193381. Novena Época. “PRISIÓN PREVENTIVA. DEBE REALIZARSE EN UN LUGAR SEPARADO Y BAJO UN RÉGIMEN DISTINTO DE LOS QUE SE DESTINAN Y APLICAN A LA PRISIÓN COMO PENA. De una interpretación teológica e histórica del artículo 18 de la Carta Magna, deriva que la prisión preventiva y la prisión como pena se fundan en supuestos diferentes y persiguen finalidades diversas; la retención de los procesados tan sólo se funda en la presunción de culpabilidad en la comisión de un delito; en tanto que la reclusión de los sentenciados se sustenta en la certeza de que ha cometido un delito; lo que produce en favor de los procesados la prerrogativa de permanecer completamente separados de los sentenciados, sin posibilidad alguna de convivencia por razones de justicia y dignidad, y mantenerse a salvo de las influencias criminales de éstos, condición que, por lo mismo, se satisface si un mismo centro destina a albergar a inculpados y sentenciados, con tal que se conserve esa separación física; asimismo, no podrán ser sometidos a un régimen de tratamiento en la internación igual que el diseñado para los sentenciados, pues si la estancia de estos últimos se funda en la determinación de que han perpetrado un delito y han adquirido, por añadidura, el carácter de delinquentes, el régimen de tratamiento interno será de trabajo y educación con el fin específico de lograr su readaptación social, lo cual, desde luego no debe imponerse a los procesados por el hecho mismo de aún no compartir el estatus de delinquentes”. Amparo en revisión 3480/98. José Luis López García o José Alfredo Durán Mata y otro. 2 de junio de 1999. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Jesús Enrique Flores González.

<sup>2</sup> *Diario Oficial de la Federación*. 3 de septiembre de 1993.

<sup>3</sup> *Diario Oficial de la Federación*. 10 de enero de 1994.

tuviera derecho o no a una libertad provisional bajo caución, como se explicó párrafos abajo. Con la reforma indicada el requisito para poder obtener una libertad provisional se basaba en la calidad del delito calificado como no grave, pues en caso contrario si el delito era grave, automáticamente quedaría privado de su libertad en prisión preventiva, la redacción textual de esa fracción I era la siguiente:

I. Inmediatamente que lo solicite (el inculpado), 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.**<sup>4</sup>

El subrayado en negritas se debe a que en ello radica la esencia de la modificación respecto a la libertad provisional, pues para tener derecho a la misma se atendería a la calidad de delito *no grave*. De manera que esto obligaba a todas las legislaturas a describir el catálogo de delitos calificados como graves, lo que algunas de ellas lo hicieron en la ley adjetiva y otras en la ley sustantiva penal, bajo la siguiente definición:

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 siguientes.<sup>5</sup>

Aun cuando los motivos del cambio sobre dicho beneficio no fueron expuestos con claridad, se argumentaba, entre otras razones, que la anterior redacción del término medio aritmético sólo había provocado una sobrepoblación carcelaria debido a que el mayor número de personas privadas de su libertad en las prisiones eran quienes se encontraban sujetos a un proceso penal; pero además, como era una disposición constitucional aplicable de manera general en todo el país, presentaba ciertos conflictos, pues la delincuencia no puede ser la misma ni los tipos penales son idénticos de una

<sup>4</sup> Es pertinente recordar que a diferencia de todas esas reformas constitucionales que entraron en vigencia al día siguiente de su publicación, lo correspondiente a este párrafo se le otorgó el plazo de un año para que entrara en vigencia, la razón era para que todas las entidades federativas elaboraran su catálogo de delitos graves de acuerdo a su libre arbitrio.

<sup>5</sup> El artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, es quizá uno de los que mejor redacción hizo al respecto.

entidad a otra. Por ello se decidió otorgarle la facultad a cada legislatura para que de acuerdo a sus características individuales delictivas y sociales, describiera su propio catálogo de delitos graves.

Es pertinente señalar que en realidad dicha reforma no cumplió con los objetivos planteados inicialmente respecto a la “despresurización” de las cárceles mexicanas, pues el problema subsiste y quizá con mayor intensidad actualmente, debido a que nunca se pensó que la delincuencia rebasaría cualquier intento legislativo para combatirla, delincuencia que obedece a múltiples problemas sociales, políticos y económicos generados en el país en los últimos lustros. Por ello recientemente se vuelve a retomar el tema y surgen las reformas constitucionales-penales en el año 2008.

Antes del comentario a estas reformas, considero pertinente recordar lo sucedido con aquellas reformas constitucionales de 1993 y las penales derivadas de ellas publicadas el 10 de enero de 1994. Se tendrá presente que mencionaba que las mismas fueron motivadas por algunos dogmáticos penalistas admiradores de Hanz Welzel y su finalismo. Pues resulta que a la vuelta de un lustro, en el año 1999 se publicaron nuevas reformas a los artículos 16 y 19 constitucionales y los argumentos para su modificación fueron manifestados en la exposición de motivos en la propuesta enviada por el Ejecutivo Federal, que de manera sintética expresaba su rechazo a aquella aventura dogmático-jurídica señalando lo siguiente:<sup>6</sup>

Desde la expedición de la Constitución de 1917, el artículo 16 no había sufrido modificación alguna. En 1993, se transformó sustantivamente, imponiéndose a las autoridades encargadas de la procuración de justicia, mayores requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de órdenes de aprehensión. Dicha reforma consideró posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras naciones. Sin embargo, hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo del Derecho penal mexicano...

La problemática planteada en este argumento del Ejecutivo, se debía a que en las reformas del 93 se había sustituido el cuerpo del delito por los

<sup>6</sup> Curso de Actualización en Materia Penal para Agentes del Ministerio Público de la Federación, con Motivos de las Reformas Constitucionales y Leyes Secundarias. Procuraduría General de la República. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 2001. p. 99.

elementos del tipo penal para efectos de que el Ministerio Público integrase la averiguación previa, pero en lugar de capacitar a este servidor público con las nuevas teorías, se optó por lo más absurdo, que fue modificar la Constitución. Pero todavía hubo otros yerros legislativos más graves que se plasmaron en el Código Federal de Procedimientos Penales para adecuarlo al contenido constitucional y así en los artículos 134 y 168 en sus párrafos primero y segundo lejos de aclarar la situación, la complicaron con una confusa redacción. El artículo 168 describe lo que se debe entender por cuerpo del delito: “Conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los (elementos) normativos en el caso de que la descripción típica lo requiera”. Vemos cómo presuntamente no le da importancia al elemento subjetivo, pues no lo incluye en este artículo sino que lo traslada al artículo 134 en el segundo párrafo, que con una redacción confusa textualmente señala: “...el Ministerio Público podrá ejercitar la acción en los términos del párrafo precedente y en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por falta de los elementos subjetivos del tipo penal, serán analizados (sic) por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculpado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo (otra vez sic)”. Tratando de entender lo anterior expongo lo siguiente: si el Ministerio Público acreditó la excluyente por falta del elemento subjetivo (atipicidad), cómo es posible que al final se diga que el inculpado podrá acreditar la inexistencia del elemento subjetivo, si precisamente eso fue lo que le benefició para obtener la excluyente del delito.

Cuesta trabajo entender este galimatías, pero lo que sí es evidente, es que hay una flagrante violación a las garantías del inculpado o indiciado, puesto que primero se dictará el auto de formal prisión y después se verá si se acredita o no el elemento subjetivo.<sup>7</sup> Pues en lo personal considero que en determinados tipos penales el elemento subjetivo, que consiste en el ánimo existente en el sujeto activo de realizar la conducta ilícita, es el más importante.

<sup>7</sup> Resulta pertinente aquella frase atribuida a Pancho Villa: “Primero mátenlos y después virigüen”.

### III. La reforma constitucional de 2008

El día 18 de junio del año indicado, se publicaron varias reformas y adiciones a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115; y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A continuación abordo exclusivamente el tema de los delitos graves, empezando por señalar que se eliminó aquella redacción de la fracción primera del artículo 20, que con una nueva redacción ahora se divide en tres apartados: A. De los principios generales, pues se adopta para el proceso penal el sistema acusatorio y oral. B. De los derechos de toda persona imputada. C. De los derechos de la víctima u ofendido.

El apartado B correspondiente a los derechos del imputado, se integra con nueve fracciones, con la observación de que en ninguna de ellas, ni en otras, hace referencia a la libertad provisional bajo caución.<sup>8</sup> Quizá la razón se deba a que los efectos de la misma, para el imputado, son que pueda atender el proceso en libertad y no ser privado de ella en prisión preventiva durante el tiempo que dure el proceso; y como se supone que con el sistema acusatorio, presuntamente más respetuoso de los derechos y garantías de todo inculpado o imputado, ahora esa medida privativa de la libertad es la excepción. Primero se deberán aplicar otras medidas cautelares conforme lo señala el párrafo segundo del artículo 19 que textualmente señala:

El Ministerio Público podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del

<sup>8</sup> García Ramírez, Sergio. *La reforma penal constitucional (2007-2008)*. Editorial Porrúa, México. 2008. p. 107. “La reforma constitucional ha omitido toda referencia a la libertad provisional, que ocupó un lugar principal entre las garantías del procesado (fracción I del apartado A del artículo 20) y fue, a lo largo de muchas décadas, el tema más frecuentemente abordado, con dudosa fortuna, por el Constituyente Permanente; la mayoría de las reformas al enjuiciamiento penal tuvo que ver con la libertad provisional bajo caución. Si se quiere desechar esta figura del procedimiento, es natural que la reforma constitucional no aluda a ella; pero resulta extraño—por no decirlo inaceptable— que el dictamen de los diputados, que explica—o lo procura—los cambios fundamentales aportados por la reforma, tampoco se refiere a la libertad provisional ni explique los motivos que tuvo el Constituyente Permanente para abolir una institución secular, de la que se ha echado mano con gran frecuencia tanto en la averiguación previa como en el proceso.”

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.

Para explicar lo correspondiente a los delitos graves, objeto de este ensayo, es necesario abordar el tema de las medidas cautelares y las providencias precautorias descritas en el artículo 16, en su párrafo decimotercero, por la razón de que ambas se deberán aplicar preferentemente sobre la prisión preventiva, misma que antes de la reforma se imponía casi de manera imperativa a todo presunto delincuente bajo el criterio de que era responsable de un delito grave ( y si no, se le inventaban). Ahora con la reforma, como ya se señaló, la prisión preventiva será la excepción.

La redacción del párrafo indicado del artículo 16 es el siguiente:

Los poderes judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de *medidas cautelares*, *providencias precautorias* y técnicas de investigación de la autoridad,<sup>9</sup> que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

#### A. *Medidas cautelares y providencias precautorias*

Vemos conforme a esta redacción que el constituyente describe dos medidas de carácter preventivo (las providencias precautorias y las medidas cautelares), sobre las cuales los procesalistas nacionales no son coincidentes,<sup>10</sup> como

<sup>9</sup> Sobre las técnicas de investigación se refieren a las intervenciones o interceptaciones telefónicas.

<sup>10</sup> Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Ed. Porrúa, México. 2000. p.178. Sólo se refiere a las providencias precautorias y las describe diciendo: “Es

tampoco es clara la redacción constitucional, por lo que el legislador secundario deberá ser muy cauto al precisarlas en los ordenamientos procesales, pues de no hacerlo con claridad, se podrán generar actos de impunidad.

A continuación algunos criterios sobre estas medidas.

Jacinto Pallares.<sup>11</sup>

Sobre las providencias precautorias señala: “Son medidas preventivas de seguridad que se conceden al acreedor para que pueda hacer valer en juicio sus derechos. Los autores modernos las analizan con el nombre de acciones preventivas o de cautela. Nuestras leyes y los autores clásicos las llaman providencias o medidas precautorias.”

Y respecto a las medidas cautelares, se refiere a ellas diciendo que son las que autoriza la ley para que el titular de un derecho subjetivo asegure oportunamente su ejercicio cuando carece de título ejecutivo mediante el cual puede de inmediato obtener la ejecución judicial del mismo.

El Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano.<sup>12</sup>

“Medidas cautelares calificadas también como providencias o medidas precautorias, son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso.

“La delimitación entre los llamados medios preparatorios y las medidas o providencias cautelares es bastante sutil, por lo que existe confusión sobre estos instrumentos. En el procedimiento penal se consideran como medidas cautelares; la prisión preventiva y la libertad provisional que puede ser bajo caución o bajo protesta”. Omíten citar el arraigo domiciliario que ahora con la reforma constitucional se legaliza y del cual se abusa en la práctica.

---

la resolución que dicta el juez con objeto de garantizar la eficacia de la sentencia que emita”, cita a manera de ejemplo el embargo. En cambio, nada dice sobre las medidas cautelares.

<sup>11</sup> Pallares, Jacinto. *Diccionario de Derecho procesal civil*. Ed. Porrúa, México 1975. pp. 554-555.

<sup>12</sup> *Nuevo Diccionario jurídico mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 2001. p. 2484.

Sergio García Ramírez.<sup>13</sup>

Señala: “Desde luego que medidas cautelares las hay así en el procedimiento civil como en el penal, aún y cuando en éste, claro está, las mismas ofrezcan ciertas peculiaridades con respecto a aquél. Por lo tanto Alcalá Zamora sostiene que en el ámbito penal no existen formas de proceso cautelar autónomo; éste se hallará siempre supeditado, por ende, al de conocimiento o de ejecución. Además sostiene acertadamente que en el ámbito penal dominan o poseen valor relativo las medidas cautelares de carácter personal, esto es, aquellas que se vuelcan sobre las personas, al paso que en el ámbito civil, por contraste, la mayor importancia corresponden a las providencias asegurativas que se adoptan con respecto a los bienes”. Continúa García Ramírez diciendo: “Sin embargo, esto no quiere decir que en el ámbito penal no existan medidas cautelares reales, como el embargo, depósito, hipoteca, fianza, etcétera”. Inclusive en opinión personal aquí en el país se aplican de ordinario y por una mala costumbre dos medidas al mismo tiempo, una personal y una real, cuando se otorga la libertad provisional (personal) pero además se exige una garantía o caución (real), que puede ser en efectivo o mediante fianza para asegurar que el presunto responsable no se sustraerá de la acción de la justicia.<sup>14</sup>

Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En un criterio emitido en una tesis<sup>15</sup> y de manera sintética sobre las medidas cautelares, repite lo descrito en el Diccionario al señalar “...entendidas éstas como instrumentos provisionales que, permiten conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las partes o a la sociedad con motivo de la tramitación de un juicio”.

<sup>13</sup> García Ramírez, Sergio. *Derecho procesal penal*. Editorial Porrúa, México 1974, pp. 405-438.

<sup>14</sup> García Ramírez. *Ibidem*. “La libertad provisional bajo caución arranca del supuesto de que el delincuente, habida cuenta de sus circunstancias personales, de la gravedad del delito cometido, de la penalidad que a éste convenga y del temor a perder la garantía, no se sustraerá de la acción de la justicia”.

<sup>15</sup> Tesis Aislada. Novena Época, No. de registro: 178123. Materia Constitucional. Suspensión en Controversia Constitucional. Naturaleza y Características.

Actualmente, en el Código Federal de Procedimientos Penales se comprenden dos de estos instrumentos provisionales; el arraigo domiciliario y el embargo precautorio. El primero, según el artículo 133-Bis,<sup>16</sup> en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, y en el artículo 205, cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado, no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia. El embargo precautorio se encuentra descrito en el artículo 149 al señalar: “El Ministerio Público, el ofendido o sus legítimos representantes solicitarán al juez, y éste dispondrá con audiencia del inculpado, salvo que éste se haya sustraído a la acción de la justicia, el embargo precautorio de los bienes en que pueda hacerse efectiva la reparación de daños y perjuicios”.

Interesante la propuesta del legislador por el hecho de que presuntamente se reduce la aplicación de la prisión preventiva, lo cual es entendible bajo los principios del sistema acusatorio, debiendo aplicarse primeramente otras medidas o providencias cautelares, dejando sólo como último recurso la prisión preventiva. Solamente que al no especificarse claramente en la reforma constitucional lo correspondiente a las medidas cautelares y las providencias precautorias y dejar al arbitrio del legislador secundario la libertad para describirlas,<sup>17</sup> no se garantiza de ninguna manera una prudente y acertada descripción, pues conociendo la nula capacidad y pobreza de criterio de las legislaturas de los estados, es seguro que se convierta en realidad lo dicho en su momento y con motivo de las reformas en materia de justicia de menores por el doctor Vidaurri:<sup>18</sup> “En un mero ejercicio de imaginación, que dada la historia jurídica del país no es difícil realizar, aventuramos que una vez que

<sup>16</sup> Inclusive en este mismo artículo se incluye la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, la que debe interpretarse también como una medida cautelar o providencia precautoria.

<sup>17</sup> El Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, que desde hace varios años se anticipó a la reforma constitucional sobre el sistema acusatorio y la oralidad, comprende medidas cautelares personales y medidas cautelares de carácter real en los artículos 159 a 195.

<sup>18</sup> Vidaurri Aréchiga, Manuel “Notas emergentes en torno a los principios orientadores del Nuevo Sistema de Justicia Penal de Menores”. *Revista Jurídica. Poder Judicial del Estado de Aguascalientes*. Talleres Gráficos del Gobierno del Estado. s/f. p. 19.

surja alguna ley, en cascada habrán de darse otras, en donde la originalidad, brillará por su ausencia. Con más o menos retoques, parafraseos, y una que otra peculiaridad, la imitación será la constante.” Efectivamente cuánta razón le asiste a este autor, pues lo más seguro es que tengamos legislaciones procesales deficientes y confusas que harán inaplicable el sentido substancial de las últimas reformas constitucionales en materia penal.

Un comentario final sobre ambas medidas; cautelares y precautorias, es que la víctima u ofendido pueden solicitarlas para la protección y restitución de sus derechos, según el artículo 20 Apartado C, fracción VI, constitucional.

## B. La prisión preventiva

Al señalar el propio artículo 19 que la prisión preventiva sólo se podrá solicitar cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, es obvio que la está considerando como una más de las citadas medidas.<sup>19</sup> La razón de la prisión preventiva obedece a la naturaleza del proceso penal, al decir de Victoria Adatto:<sup>20</sup>

Requiere para su desarrollo que el juez tenga la presencia inmediata de la persona a quien se le imputa la responsabilidad de un delito; esto sólo es factible mediante la imposición de cierta medida que asegure la presencia del probable autor del ilícito.

Habida cuenta de la anterior, las limitaciones a la libertad personal de los sujetos a quienes se les está instruyendo un proceso, revisten dos aspectos:

- a) Uno de carácter procesal.
- b) Otro de carácter preventivo, con lo que se pretende la custodia del que presuntamente ha delinquido, pero únicamente por el tiempo indispensable para la instrucción del proceso.

<sup>19</sup> García Ramírez. ob. cit. p. 409. “Coinciden las finalidades de la prisión preventiva, obviamente, con las correspondientes a otras medidas cautelares, más en este campo aquella posee características singulares que hacen pertinente un estudio más detallado”.

<sup>20</sup> Adatto de Ibarra, Victoria. *La cárcel preventiva de la Ciudad de México*. Editorial Botas. México. 1977. pp.13-17.

Desafortunadamente el abuso de esta medida ha provocado que se levanten voces en su contra por los efectos negativos que causa en la salud mental de quien la sufre, a diferencia de quienes ya han sido sentenciados a la prisión como pena, entre los puntos en su contra se pueden citar:

No permite llevar a cabo una labor resocializadora ya que jurídicamente está vedada cualquier intención sobre el no condenado.

Es tan estigmatizante socialmente como la pena misma.

Somete al individuo al régimen de vida de los establecimientos cerrados que, en principio se reserva a los delincuentes más peligrosos, desocializándolos igualmente.

Aumenta la población reclusa con las consecuencias del hacinamiento. Incluso está demostrado que en el país, el número de los privados de su libertad en prisión preventiva, es mayor que los sentenciados a la prisión como pena.

En síntesis, es una lacra del sistema penitenciario con todos los inconvenientes de la pena privativa de la libertad y sin ninguna ventaja.

### C. *La libertad provisional*

Esta garantía del procesado tiene íntima relación con la prisión preventiva, pues su otorgamiento evita precisamente ésta, debido a que el presunto responsable de un hecho delictuoso enfrentará todo el proceso en libertad. Fenech, citado por García Ramírez,<sup>21</sup> describe esta libertad diciendo: “Es un acto cautelar por el que se produce un estado de libertad vinculada a los fines del proceso penal, en virtud de una declaración de voluntad judicial”.

Por su parte, el propio García Ramírez<sup>22</sup> señala al respecto:

La libertad que ahora nos ocupa pretende resolver la antinomia de intereses que se plantean entre la sociedad y el individuo, pues mientras aquella exige el castigo de los delitos y la protección de sus miembros contra los ataques de sujetos considerados peligrosos, éste reclama, en bien de la justicia, que no se le prive

<sup>21</sup> Derecho Procesal Penal. ob. cit. p. 414.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

de libertad hasta que se haya esclarecido su responsabilidad concreta por un hecho delictuoso. Semejante contraste se resuelve, en cierto modo, con la prisión preventiva, ya que por ella al tiempo que se limita la libertad del sujeto, de manera mucho menos intensa que en la hipótesis de prisión preventiva, y se aseguran los fines del proceso, se permite al inculcado permanecer fuera de la prisión.

En la hipótesis, la libertad provisional asume dos posibilidades para su otorgamiento; libertad provisional bajo protesta y libertad provisional bajo caución. La primera –en que la restricción a la libertad se asegura a través de la palabra de honor del inculcado–, por lo regular se aplica sólo en casos de delitos muy leves que representan una escasa peligrosidad del responsable, pues para su otorgamiento, esta persona debe tener buenos antecedentes, contar con un trabajo o empleo seguro y un domicilio en donde resida con su familia, circunstancias que garantizan su presencia cuando sea requerido por la autoridad judicial.<sup>23</sup>

La segunda hipótesis se fundamenta en que el presunto responsable cometió un delito de mayor lesividad, pero aun así merece la oportunidad de seguir el proceso en libertad, sólo que para efectos de asegurar que no se va a sustraer de la justicia, se le exige que deposite una caución o garantía, que podrá consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido,<sup>24</sup> las cuales ante el temor del inculcado de perderlas si se sustrae de la acción de la justicia, garantizan su presencia durante todo el proceso.

#### IV. Delitos graves conforme al artículo 19 constitucional

Ahora bien, concatenando la prisión preventiva con lo expuesto anteriormente, y debido a que el párrafo segundo del artículo 19 señala que 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 (sic), 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”, encuentro en esta redacción que se perciben

<sup>23</sup> Código Federal de Procedimientos Penales. Artículos 418-421.

<sup>24</sup> *Ibidem* Artículos 399- 417.

dos grupos de delitos, en los cuales el juez ordenará oficiosamente la prisión preventiva, es decir, que negará la libertad provisional. Un primer grupo se integra con los delitos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos (*sic*). El segundo grupo con los delitos graves, puesto que en la redacción del propio párrafo después de una coma señala: “*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”. Se deduce que éstos son los únicos delitos graves<sup>25</sup> a partir de estas reformas constitucionales, pero además algunas de todas estas figuras típicas pueden ser de competencia estatal o federal y otras de competencia exclusiva del ámbito federal, conforme se analizarán a continuación.

*A. Delitos que en opinión personal y de acuerdo a la redacción del segundo párrafo del artículo 19 no son considerados como graves*

**a) Delincuencia organizada**

Es un delito de exclusiva competencia federal de acuerdo con el artículo 73 Constitucional que señala:<sup>26</sup> El Congreso tiene facultad:

XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse; expedir una ley general en materia de secuestro, que establezca, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencia y las formas de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios; así como legislar en materia de delincuencia organizada.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> García Ramírez. ob. cit. p. 106. “dado que no existe un concepto uniforme y vinculante acerca de expresiones como delitos graves, desarrollo de la personalidad y salud, cada legislador podrá aportar su propia versión y generar, en definitiva, un panorama heterogéneo que difícilmente beneficie a la justicia penal en su conjunto”.

<sup>26</sup> Este artículo fue reformado el día 4 de mayo del 2009.

<sup>27</sup> Además existe la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada publicada el 7 de noviembre de 1996.

Por esta razón las leyes en esta materia de las entidades federativas que se habían atrevido a legislar deberán ser derogadas en su momento, conforme lo señala el Artículo Sexto Transitorio del Decreto en referencia<sup>28</sup>. En consecuencia los estados ya no podrán legislar en esta materia y por lo tanto será de competencia exclusiva federal.

En el párrafo octavo del artículo 16 constitucional se describe lo siguiente: “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”. Obvio que se refiere a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada publicada el 7 de noviembre de 1996, y los únicos delitos que pueden dar motivo a este tipo de delincuencia se encuentran descritos en el artículo 2º fracciones I, II, III, IV y V.

## b) Homicidio doloso

Cierto que este delito puede ser de competencia federal o estatal; sin embargo, es buena la observación hecha al respecto por el doctor García Ramírez<sup>29</sup> al señalar que este delito, aun siendo doloso, admite varias modalidades y resulta injusto que no se describan los mismos, como podrían ser los homicidios atenuados: el cometido en riña o en duelo (todavía subsiste en el Código Penal Federal en el artículo 308 segundo párrafo), el cometido por emoción violenta, por corrupción del descendiente o infidelidad conyugal, que en la mayoría de los catálogos de los delitos graves no están incluidos como tales por tener una penalidad reducida.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> “Las legislaciones en materia de delincuencia organizada de las entidades federativas, continuarán en vigor hasta en tanto el Congreso de la Unión ejerza la facultad conferida en el artículo 73, fracción XXI, de esta Constitución”.

<sup>29</sup> Ob. cit. p. 105. “Por supuesto, es posible y debido distinguir entre el homicidio simple, el homicidio calificado, el homicidio de familiar, el homicidio en estado de emoción violenta, etcétera”.

<sup>30</sup> Quintino Zepeda, Rubén. *Estudios de Derecho penal*. Magister Editorial, Ciudad Universitaria. México. 2008. p. 130. “En este sentido, lo interesante es reflexionar que un homicidio doloso, dadas las circunstancias, no siempre representa la misma gravedad; igual ocurre en casos de error de prohibición, en que subsiste el dolo del hecho típico de que se trate: por eso creo que el dolo no determina toda la gravedad de un hecho típico, contrario, desde luego, al criterio recto de las recientes reformas constitucionales”.

### c) Violación

Esta conducta ilícita consiste en realizar la cópula sin el consentimiento de la persona ofendida y empleando la violencia física o moral. Es un delito que puede ser de competencia federal o estatal. En lo personal considero que debería ser eliminado del ámbito federal y dejarlo a la competencia del orden común, pues si bien es cierto que para que pueda ser competencia de un tribunal federal, tendría que cometerse por o en contra de un servidor público en funciones, lo cual resulta un tanto absurdo para integrar el tipo penal. Además, los tribunales federales tienen que atender un gran cúmulo de asuntos de otra índole, razón por la que este tipo de delitos sería preferible dejarlos a la competencia de los tribunales estatales.

### d) Secuestro

En primer lugar debe tenerse presente que es uno de los delitos de mayor trascendencia social y es conocido por todos el férreo combate que enfrenta el estado contra el mismo, con resultados favorables, pues se han desarticulado varias bandas de delincuentes dedicados a cometer este ilícito y varios de sus integrantes se encuentran en proceso o han sido sentenciados. La gravedad del incremento en la comisión de este delito ha provocado que actualmente se especule con la aplicación de la pena capital como castigo a los responsables del mismo.

Es un delito que puede ser de competencia federal o estatal; sin embargo, de acuerdo al artículo 2º fracción V de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, cuando se cometa en los estados pero por un grupo de personas unidas con el fin de dedicarse a realizar secuestros, el Ministerio Público Federal puede ejercer su facultad de atracción que le otorga el segundo párrafo del artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales<sup>31</sup> y hacerlo de la competencia de los tribunales federales.

<sup>31</sup> “En caso de concurso de delitos, el Ministerio Público Federal será competente para conocer de los delitos del fuero común que tengan conexidad con delitos federales, y los jueces federales tendrán asimismo, competencia para juzgarlos.”

**e) Delitos cometidos con medios violentos como armas  
y explosivos (sic)**

De verdad causa sorpresa lo ambiguo de la redacción de este apartado, pues los medios violentos son acciones humanas, no objetos como equivocadamente los describen. Además, el emplear la “y” copulativamente entre ambos objetos; “armas “ y “explosivos” se entiende que deben usarse los dos al mismo tiempo. Por otro lado, el concepto “armas” es tan amplio que deberían haber especificado a qué tipo o clase de arma se refiere, pues se deduce que por la referencia a los explosivos, pretendieron hacer mención a las armas de fuego, lo que en ese supuesto deberían haber descrito o mencionar claramente que se refiere a las armas comprendidas en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

**B. Delitos que, en opinión personal, son los únicos que pueden  
ser considerados como graves**

Siguiendo con la redacción del mismo párrafo del artículo 19, vemos que después de los delitos comentados, viene una coma y en seguida la palabra “así como”, lo que nos hace entender que en los delitos que a continuación analizo, el juez también podrá ordenar oficiosamente la prisión preventiva.<sup>32</sup> Pero esa separación con la coma y la frase “así como delitos graves que determine la ley”, entiendo que los siguientes delitos serán los únicos graves en una interpretación teleológica a la redacción del párrafo referido.

**a) Delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad  
de la nación**

De acuerdo con el Código Penal Federal, Libro Segundo, Título Primero, los delitos en Contra de la Seguridad de la Nación son Traición a la Patria, Espionaje, Sedición, Motín, Terrorismo nacional e internacional, Rebelión, Sabotaje y Conspiración. Queda claro que son delitos del orden federal, pero

<sup>32</sup> El Diccionario Larousse señala: En oraciones concesivas, equivale a aunque; así como, de cualquier manera, de todos modos. Oración concesiva; oración subordinada introducida por una conjunción de lo que dice la oración principal, sin que ello impida su realización.

de acuerdo con el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos los únicos graves son Traición a la Patria, Espionaje, Terrorismo nacional e internacional y Sabotaje.

### **b) Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad**

Recordemos que es un delito de nueva creación, pues apenas el 27 de marzo del 2008 se publicaron en el *Diario Oficial* una serie de reformas y adiciones al Código Penal Federal en las que al mismo tiempo se derogaba el título “Delitos contra la Moral Pública y las Buenas Costumbres” y sería sustituido por Delitos contra el Libre Desarrollo de la Personalidad, cuyo principal objeto de tutela son las personas menores de dieciocho años de edad o quienes no tengan la capacidad de comprender el significado del hecho o que no tengan la capacidad de resistirlo y se integra con los siguientes delitos: Corrupción de menores artículos 200 a 201 Bis; Pornografía artículos 202 y 202 Bis; Turismo sexual artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio artículo 204.<sup>33</sup> Obviamente que en este apartado no están incluidas las personas adultas, pues a ellas ya no se les puede lesionar su libre desarrollo.

En el mismo Decreto de fecha arriba señalada, se publicaron reformas y adiciones al Código Federal de Procedimientos Penales y en el artículo 194 en el numeral 13 los delitos anteriormente señalados fueron descritos como graves.

### **c) Delitos en contra de la salud**

En principio se debe tener presente lo amplio del concepto salud<sup>34</sup> y por lo tanto existen infinidad de normas federales y estatales que la tutelan, e inclusive se habla de una salud individual y una salud pública, al parecer esta última es a la que se refiere el legislador. Como sabemos, uno de los princi-

<sup>33</sup> En el artículo 205 estaba comprendido el delito de Trata de personas menores, pero el 27 de noviembre del 2007 se publicó la Ley para Federal Prevenir y Sancionar la Trata de Personas y se incluyó aquella figura en el mismo Decreto, siendo derogado el artículo 205 del Código Penal.

<sup>34</sup> La Organización Mundial de la Salud la define: “La salud es el estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades; y el logro del grado más alto posible de salud es un objetivo social de la mayor importancia”.

pales y más graves problemas en materia de delincuencia que padece el país es precisamente con relación a estos delitos que se encuentran tipificados en el Código Penal Federal en los artículos 193 a 199, bajo la denominación de narcóticos,<sup>35</sup> debiendo recurrir a la Ley General de Salud para su clasificación y calidad. En consecuencia es un delito de carácter federal. Pero en el numeral 12 del artículo 194 del Código procesal sólo se encuentran descritos como graves específicamente los siguientes: “Los previstos en las artículos 194, 195 párrafo primero, 195 Bis, excepto cuando se trate de los casos previstos en las dos primeras líneas horizontales de las tablas contenidas en el apéndice I, 196 Bis, 196 Ter, 197 párrafo primero y 198 parte primera del párrafo tercero”.

## Conclusiones

No cabe la menor duda de que las presentes reformas constitucionales nos hacen abrigar esperanzas de que se haga efectivo y con mejores resultados el combate a la inseguridad y la criminalidad que padecemos en todo el territorio nacional. Pero también es cierto que la redacción de estas reformas no es del todo clara ni acertada, sino que contiene un gran número de incongruencias y ambigüedades que hacen dudar de su eficacia.

En el caso particular de los delitos graves, cuyo objetivo es determinar si una persona presuntamente responsable de un hecho delictuoso, debe quedar privado o no de su libertad mientras se le sigue el proceso, la redacción al respecto en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, precisamente es uno de esos casos de dudosa redacción. No queda claro cuáles son exactamente los considerados delitos graves, puesto que sólo describe unos cuantos y cuyo número no es coincidente con los que actualmente subsisten en las leyes procesales secundarias federal y estatales. Inclusive en los Artículos Transitorios del Decreto en el que se publican las citadas reformas, en ninguno se hace mención si los catálogos de delitos graves descritos en esas normas se deben modificar de acuerdo con el contenido del precepto constitucional, si deberán subsistir tal y como están, o bien deberían ser derogados.

<sup>35</sup> Artículo 193: “Se consideran narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los Convenios y Tratados internacionales de observancia obligatoria en México”.

De manera que en opinión personal y conforme a la propia redacción del párrafo segundo del artículo 19 que textualmente señala: "...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," éstos serían los únicos delitos considerados como graves y que de ninguna manera podrán ser diferentes o en número mayor en las leyes secundarias, sean federal o estatales, por estar descritos de manera precisa y limitada en la propia Constitución.

Otro de los puntos que merece atención, y puesto que tiene íntima relación con los delitos graves, es lo correspondiente a la libertad provisional del imputado, medida procesal que no se encuentra descrita o citada en ninguna parte del articulado de las reformas. El efecto de esa figura jurídica es que el presunto responsable de un delito pueda atender su proceso en libertad, es decir, fuera de la prisión preventiva; ésta en cambio, sí es citada e incluso la puede aplicar oficiosamente la autoridad judicial, pero sólo de manera excepcional, pues preferentemente se deberán imponer otras medidas cautelares o providencias precautorias, lo cual parece muy acertado por los objetivos del nuevo sistema procesal acusatorio que pretende respetar al máximo los derechos y las garantías del imputado, de manera que con esta propuesta se evitará la sobrepoblación penitenciaria, aún así considero que debería haberse señalado en las reformas en qué casos se concede la libertad provisional.

Finalmente y sin restar la importancia que merecen estas reformas constitucionales, la experiencia pasada que hemos tenido en tantas y tantas reformas penales es que entre el contenido de la ley y su aplicación en la práctica, la realidad es otra y en muchas ocasiones quedan en simples y buenas intenciones o tiempos perdidos, que es lo más lamentable.

Pero en fin, esperemos que ese largo ¿o corto? plazo que establece el Artículo Segundo Transitorio para que se cumpla con la puesta en vigencia del sistema acusatorio, nos depare una respuesta positiva por el bien de esa justicia que como dijo don Ponciano Arriaga: "El pueblo cree, el pueblo espera, no hagamos ilusoria su postrer esperanza".

## Referencias

### *Bibliográficas*

- Adatto de Ibarra, Victoria. *La cárcel preventiva de la Ciudad de México*. Editorial Botas. México. 1977.
- Díaz de León, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal*. Editorial Porrúa, México. 2000.
- García Ramírez, Sergio. *La reforma penal-constitucional (2007-2008)*. Editorial Porrúa, México. 2008.
- García Ramírez, Sergio. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Porrúa, México. 1974.
- Libro. *Curso de Actualización en Materia Penal para Agentes del Ministerio Público de la Federación, con motivo de las Reformas Constitucionales y Leyes Secundarias*. PGR e INACIPE. México. 2001.
- Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 2001.
- Pallares, Jacinto. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Editorial Porrúa, México. 1975.
- Vidaurri Aréchiga, Manuel. “Notas emergentes en torno a los principios orientadores del nuevo sistema de justicia penal de menores”. *Revista Jurídica del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes*. s/f.

## Legislación

- Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua. Decreto No. 611/06 P. O. Publicado el 9 de agosto del 2006.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.