

# LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

○ José Fernández de Cevallos y Torres\*

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca.

## PALABRAS CLAVE

## KEYWORDS

○ **Prisión preventiva**

*Pretrial detention*

○ **Medidas cautelares**

*Precautionary measures*

○ **Reforma constitucional**

*Constitutional reform*

○ **Sistema acusatorio**

*Accusatory system*

**Resumen.** Por medio de los omnipresentes juzgadores de nuestro tiempo —los medios de comunicación— gobernantes y autoridades, miembros de la sociedad civil y académicos han criticado al sistema penal acusatorio, con el débil argumento de que es un sistema “muy garantista” para el imputado. En este artículo José Fernández de Cevallos y Torres se pregunta qué tan cierto es lo que se dice en tono al nuevo sistema. Para ello se sirve del análisis de la medida cautelar de prisión preventiva, con el objeto de analizar si la regulación de la misma es adecuada o si, por el contrario, es necesaria su reforma.

**Abstract.** Pretrial detention is a precautionary measure that go against the incense presumption. The Mexican criminal law uses that measure as an exception but several politician and academics have proposed to change than exception. This article analyzes that figure in order to establish if it is needed to be change.

## SUMARIO:

**I. Introducción. II. Medidas cautelares. III. La prisión preventiva. IV. Conclusiones. V. Fuentes de consulta.**

## I. INTRODUCCIÓN

El sistema penal acusatorio pretende hacer más efectivo el acceso a la justicia, rigiendo el procedimiento penal. Su objeto es evitar la impunidad, esclarecer los hechos delictivos, proteger al inocente, garantizar la reparación del daño y tutelar los derechos de víctimas, ofendidos y procesado. En un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales, este sistema ha supuesto mejoras frente al anterior modelo de enjuiciamiento criminal, el cual, por malas prácticas que se tradujeron en opacidad, corrupción y diversos abusos, se consideró agotado.

A un año de la vigencia general en México del sistema penal acusatorio, algunos gobernantes y autoridades, miembros de la sociedad civil, académicos y, por supuesto, los omnipresentes medios de comunicación, han criticado al sistema, con el argumento de que es un sistema “muy garantista” para el imputado, y que la cárcel se ha vuelto una suerte de “puerta giratoria”, donde los criminales, quedan en libertad.

Por esas críticas, actualmente se discute sobre la necesidad de ampliar el catálogo de delitos que ameriten prisión preventiva oficiosa. El presente trabajo

pretende contribuir a ese debate, ya que en un Estado de Derecho, la reforma a la ley, en una adecuada política criminal, debe tener como base el análisis científico de una institución contrastada con la realidad y la exigencia social, y no el discurso alarmista, independientemente del capital político que genere.

En este artículo hago una exposición de la medida cautelar de prisión preventiva, con el objeto de analizar si la regulación de la misma es adecuada o por el contrario es necesaria su reforma.

## II. MEDIDAS CAUTELARES

### A. NATURALEZA Y FINES

La reforma constitucional en materia de seguridad y justicia de junio de 2008, modificó el artículo 16 de la Carta Magna, para crear los jueces de control como parte del Poder Judicial, los cuales dentro de sus facultades deberán resolver sobre las medidas cautelares.

El mencionado artículo 16 constitucional en su parte conducente señala:

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, 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.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Énfasis agregado.

La razón de que las medidas cautelares se inserten dentro del mandato general del artículo 16 constitucional, se fundamenta en que las mismas se traducen en un acto de molestia que recae sobre la persona o bienes del imputado, en tal sentido, dichas medidas solo podrán ser ordenadas por un juez de control, el cual como autoridad competente deberá, por escrito, fundar y motivar la causa legal del procedimiento.

El nuevo *Diccionario jurídico mexicano* (2000) señala que las medidas cautelares

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 (2484).

Por su parte, la doctrina del Poder Judicial de la Federación, refiriéndose al orden jurídico en general, ha determinado que las medidas cautelares

constituyen resoluciones provisionales que se caracterizan, generalmente, por ser accesorias y sumarias; accesorias, en tanto la privación no constituye un fin en sí mismo; y sumarias, debido a que se tramitan en plazos breves; y cuyo objeto es, previendo el peligro en la dilación, suplir interinamente la falta de una resolución asegurando su eficacia, por lo que tales medidas, al encontrarse dirigidas a garantizar la existencia de un derecho cuyo titular estima que puede sufrir algún menoscabo, constituyen un instrumento no sólo de otra resolución, sino también del interés público, pues buscan restablecer el ordenamiento jurídico conculcado desapareciendo, provisionalmente, una situación que se reputa antijurídica; por lo que debe considerarse que la emisión de tales providencias no constituye un acto privativo, pues sus efectos provisionales quedan sujetos,

indefectiblemente, a los resultados del procedimiento administrativo o jurisdiccional en el que se dicten, donde el sujeto afectado es parte y podrá aportar los elementos probatorios que considere convenientes. (Pleno, Tesis P./J. 21/98, marzo de 1998).

El Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), da un catálogo cerrado de medidas cautelares que se pueden imponer al imputado, dentro del proceso penal. El artículo 155 del citado ordenamiento señala:

Asolicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares:

- I. La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe;
- II. La exhibición de una garantía económica;
- III. El embargo de bienes;
- IV. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;
- V. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;
- VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;
- VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse o ciertos lugares;
- VIII. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
- IX. La separación inmediata del domicilio;
- X. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;
- XI. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;
- XII. La colocación de localizadores electrónicos;
- XIII. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o
- XIV. La prisión preventiva.

Las medidas cautelares no podrán ser usadas como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada.

Así, dentro del proceso penal las medidas cautelares deben ser entendidas como decisiones que dicta el juez de control, una vez formulada la imputación o en su caso habiendo vinculado a proceso, con alguna de las finalidades siguientes: a) evitar que el procesado se sustraiga de la acción de la justicia, b) garantizar la seguridad de la víctima, testigos y sociedad en general, c) evitar la obstaculización del proceso, o d) evitar que se oculten o destruyan los bienes, objetos o producto del delito. Al respecto el CNPP señala:

Artículo 153. Reglas generales de las medidas cautelares. Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento.

Por lo anterior, se puede entender que las medidas cautelares por su naturaleza son actos de molestia sobre la persona o bienes del imputado, consistentes en resoluciones de interés público, provisionales, sumarias y accesorias; se dictan con la finalidad de prevenir un peligro, suplir de manera provisional la falta de sentencia o garantizar la existencia de un derecho.

### III. LA PRISIÓN PREVENTIVA

Esta medida cautelar es la resolución más invasiva al derecho fundamental a la libertad personal, que dentro del proceso puede dictar el juzgador. En el análisis de la misma debemos hacer hincapié de que es una medida cautelar, no una pena,<sup>2</sup> esta precisión por obvia que parezca en lo jurídico, ha ocasionado confusión en la sociedad.

En el anterior sistema la prisión preventiva se convirtió en la generalidad, el exceso en la aplicación de la medida provocó hacinamiento en las prisiones, graves injusticias<sup>3</sup> y violaciones a derechos humanos, pero nunca disuadió a la criminalidad. Lo que sí provocó ese uso excesivo fue que en la sociedad mexicana se arraigara la idea de considerar que cualquier persona que sea acusada de un delito, debe estar en la cárcel desde que se le procesa, independientemente de que no haya sido condenado.

Ahora bien, a partir de las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011 en materia de derechos fundamentales, los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y la Constitución, son la ley suprema

<sup>2</sup> Entendida como el recurso de mayor severidad que puede utilizar el Estado para asegurar su convivencia. Es la consecuencia del delito, y se traduce en la privación o restricción de bienes jurídicos, lo cual solo ocurre cuando se ha demostrado la responsabilidad penal de una persona al final de un proceso. Véase Berdugo Gómez de La Torre, I., *et al.* (2004): 421-427.

<sup>3</sup> Actualmente en México existen 236,886 reclusos en las diferentes prisiones del país, de los cuales 95,742 se encuentran en prisión preventiva, es alarmante que 70,000 de estos reclusos sujetos a la medida cautelar están por delitos patrimoniales menores a \$5,000 pesos.

dentro del orden jurídico mexicano, y los mismos, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, en tal sentido, cuando en la Constitución existe una restricción a dichos derechos debe estarse al texto constitucional. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos

humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano. (Pleno, P.J.J.20/2014 (10ª), abril de 2014).

La prisión preventiva restringe el derecho fundamental a la libertad personal. Por la relevancia de la materia, el constituyente permanente previó la necesidad de incluir su regulación en la Constitución, de tal suerte que la misma quedaría acotada a los supuestos previstos en la propia Carta Magna. Regulando la institución el artículo 19 constitucional en su párrafo segundo ordena:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Según lo analizado, la regulación constitucional de la prisión preventiva, consistirá en el límite máximo que el juzgador tendrá para restringir el

derecho fundamental a la libertad personal, mediante la aplicación de una medida cautelar. En caso de que se transgredan esos límites señalados por el constituyente, quedarán expeditos los mecanismos de control que para la tutela de los derechos fundamentales existe.

## A. GENERALIDADES

### 1. Subsidiariedad y excepcionalidad

En el anterior sistema la determinación de la prisión preventiva dependía de la regulación que se hiciera en los diferentes códigos adjetivos,<sup>4</sup> en cualquier caso, una inmensa mayoría de delitos se procesaban con el imputado sujeto a prisión preventiva, es decir, una medida que desde su origen se pensó como algo excepcional, se convirtió en la regla general del enjuiciamiento criminal. Ese abuso en la prisión provisional generó diversas críticas dentro de las que se encuentran: a) que se trataba de una medida estigmatizante para el procesado, b) impedía la resocialización por parte del Estado de una persona que jurídicamente aún no era condenada, además de que la convivencia con delincuentes condenados desocializa al procesado, y c) el hacinamiento en las prisiones (Adato de Ibarra, V. 1977, pp. 14-17) y

d) la violación a la presunción de inocencia del procesado.

Para responder a ese reclamo social, y buscar que la prisión preventiva cumpliera el propósito de medida cautelar, la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia de 2008 privilegió el principio de presunción de inocencia, estimando conveniente establecer los principios de subsidiariedad y excepcionalidad para la procedencia de la prisión preventiva; tal como se desprende con claridad del proceso legislativo que le dio origen, en concreto del dictamen de la Cámara de Origen, el cual a la letra dice:

#### Medidas cautelares y prisión preventiva

Para los efectos de evitar los excesos cometidos hasta ahora con la prisión preventiva, se acordó establecer el principio de subsidiariedad y excepcionalidad para la procedencia de este instituto. La aplicación de medidas cautelares, las cuales son auténticos actos de molestia, procederá únicamente cuando exista la necesidad de cautela del proceso o de protección de las víctimas. Esto quiere decir que sólo cuando exista necesidad de 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; cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, procederá la aplicación de alguna medida cautelar de las que prevea la ley. La prisión preventiva sólo procederá cuando ninguna otra medida cautelar sea suficiente para el logro de los propósitos indicados.

Este nuevo diseño es acorde con el principio de presunción de inocencia. Diversos procesalistas clásicos y contemporáneos han hecho notar, con razón, la inevitable antinomia que supone afectar los derechos de las personas sometiéndolas a prisión preventiva, sin que antes se haya derrotado su presunción

<sup>4</sup> *V. gr.*, en el Código Federal de Procedimientos Penales regulaba un catálogo cerrado de delitos respecto de los cuales no procedía el privilegio de la libertad provisional bajo caución; por su parte el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, seguía la regla de la media aritmética de la pena superior a 5 años, para negar dicho beneficio.

de inocencia en un juicio en el que se respeten todas las garantías del debido proceso. La antinomia es de por sí insalvable, pero para paliarla en alguna medida se prevé que la procedencia de tales afectaciones sea excepcional. Otro de los elementos que se debe tener en cuenta es que las medidas cautelares sean proporcionales, tanto al delito que se imputa, como a la necesidad de cautela. Los riesgos mencionados con anterioridad admiten graduación y nunca son de todo o nada, dependerán de cada caso concreto. Por ello es que la necesidad de cautela siempre deberá ser evaluada por el ministerio público y justificada por él ante el juez, con la posibilidad de que tanto el imputado como su defensor ejerzan su derecho de contradicción en una audiencia.

Finalmente, la procedencia de las medidas cautelares deberá estar regida por el principio de subsidiariedad, de modo tal que siempre se opte por aquella medida cautelar que sea lo menos intrusiva para la esfera jurídica de los particulares. El propósito en este caso será provocar la menor afectación posible.

#### Prisión preventiva y delitos graves

A la regulación de las medidas cautelares en aquellos casos en los que se trate de delitos graves y de delincuencia organizada se le da un tratamiento diverso. Se pretende evitar que se produzca con el tema de los delitos graves y la delincuencia organizada, lo que hasta ahora ha venido sucediendo, es decir, que sea el legislador ordinario el que en definitiva decida a qué casos se aplica la Constitución y cuáles requieren un tratamiento excepcional por tratarse de delitos graves o delincuencia organizada. Debe apreciarse que se requiere una regulación especial de las medidas cautelares cuando se trate de estos casos, sin embargo, las excepciones tienen que estar previstas en el propio texto constitucional, ya que si se hace un reenvío a la ley, inevitablemente se debilita el principio de supremacía constitucional.

Cuando por primera vez se creó el sistema de delitos graves para la procedencia de la libertad provisional bajo caución, se tenía el

propósito de que éstos fueran excepcionales. No obstante, la experiencia estatal y federal ha mostrado que este sistema excepcional ha colonizado el resto del ordenamiento. Hoy por hoy existe un enorme abuso de la prisión preventiva, toda vez que la mayoría de los delitos están calificados como graves por la legislación ordinaria. Con la finalidad de superar este estado de cosas se impone que sea la propia Constitución la que determine aquellos casos excepcionales, para los que bastará acreditar el supuesto material para que en principio proceda la prisión preventiva.

El propio artículo 19 constitucional establece la posibilidad de que los ordenamientos procesales de las entidades federativas y de la Federación, incorporen una excepción al diseño normativo de las medidas cautelares y de la prisión preventiva recién explicado. Se prevé que el juez aplique prisión preventiva para los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios especialmente 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, si el ministerio público logra acreditar, en audiencia, las condiciones exigidas para vincular a proceso por esos delitos.

La decisión sobre medidas cautelares es evidentemente revisable, tan es así que expresamente se prevé que se podrá revocar la libertad de los individuos ya vinculados a proceso, cuando se acrediten los extremos previstos en la propia Constitución y de conformidad con lo que disponga la ley.<sup>5</sup>

De lo transcrito se desprende con claridad que la intención del constituyente fue evitar los excesos arbitrarios que generados con la aplicación de la

<sup>5</sup> Consulta disponible en pág.web: <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=b/EcoMjefuFeB6DOaNoimNPZPsNLF-qe0s7fey1FqriebelbbMn9GghkbHbZJR/83CODRyvc-TxEoBKqCoEFP8A==>

institución de la prisión preventiva, regulándola efectivamente como una medida cautelar de naturaleza subsidiaria y excepcional.

## 2. Prisión preventiva y presunción de inocencia

La presunción de inocencia es un derecho fundamental, por virtud del cual hasta que no sea probada la responsabilidad penal de un procesado, este será considerado inocente. El artículo 20 constitucional apartado B, fracción primera de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al regular los derechos de los imputados ordena que los mismos tienen derecho “A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

En la normativa supranacional, diversos tratados internacionales han abordado el derecho fundamental a la presunción de inocencia dentro del proceso penal. Por ejemplo, el artículo 11 inciso 1) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, señala:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa;

y el artículo 8o inciso 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ordena:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.<sup>6</sup>

En nuestra legislación secundaria, el CNPP, dentro del catálogo de principios que rigen el procedimiento penal, señala en el artículo 13:

Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este Código.

Esta presunción es de naturaleza *iuris tantum*, es decir, se verá desvirtuada por medio de la prueba, cuando la libre valoración que realice el juzgador, permita fundar y motivar la responsabilidad penal de una persona más allá de toda duda razonable (arts. 359 y 402 del CNPP).

La prisión preventiva no prejuzga sobre la responsabilidad penal, sin embargo, desde el momento que una persona es privada de la libertad teniendo como fundamento datos de prueba,<sup>7</sup> dicha medida necesariamente colisiona con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (Brewer, 2014: 98)

<sup>6</sup> Para profundizar sobre la materia, *vid.* Llobet Rodríguez, J. (2009).

<sup>7</sup> Artículo 261 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Además la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha resuelto la contradicción de tesis 87/2016 en la que señala: “AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. PARA QUE EL JUEZ LO DICTE Y PUEDA ESTABLECER QUE SE HA COMETIDO UN HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO, BASTA CON QUE ENCUADRE LA CONDUCTA A LA NORMA PENAL, QUE PERMITA IDENTIFICAR, INDEPENDIENTEMENTE DE LA METODOLOGÍA QUE ADOPTE,

es por eso que en una adecuada tutela de los derechos humanos, la aplicación de la prisión preventiva únicamente puede limitarse a los casos de excepción señalados en el artículo 19 constitucional, es decir, debe respetarse su naturaleza subsidiaria y excepcional.

## B. PRISIÓN PREVENTIVA A PETICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

### 1. Requisitos previos de procedibilidad

#### *a. Delito sancionado con pena privativa de libertad*

El primer requisito de procedibilidad que debe satisfacerse para que un juez de control ordene la medida cautelar de prisión preventiva, es que el hecho delictivo que se imputa al procesado, tenga previsto como sanción la pena privativa de la libertad. Así lo ordena el primer párrafo del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el cual a la letra dispone:

Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad 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.

Por su parte, el primer párrafo del artículo 165 del CNPP, siguiendo el mandato constitucional dice:

LAS RAZONES QUE LO LLEVAN A IDENTIFICAR EL TIPO PENAL APLICABLE.- (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL).<sup>8</sup>

Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. La prisión preventiva será ordenada conforme a los términos y las condiciones de este Código.

La *ratio* de este requisito de procedibilidad radica en que estamos frente a una medida accesoria dependiente de un proceso principal, aplicar una prisión preventiva a un delito que no esté sancionado con pena de prisión, sería una medida que no soportaría un *test* de proporcionalidad.<sup>8</sup>

Se trata de un requisito eminentemente normativo y hay que recordar que el Derecho no está sujeto a prueba, en tal sentido se trata de un requisito de procedibilidad cuyo extremo quedará satisfecho con la adecuada imputación que se formule, de un hecho delictivo sancionado con pena privativa de libertad.

#### *b. Solicitud del Ministerio Público*

El único facultado para solicitar la prisión preventiva no oficiosa, es el Ministerio Público, así lo ordena el artículo 167 del CNPP, el cual en su párrafo primero señala:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario 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,

<sup>8</sup> Sobre la proporcionalidad de una medida cuando la misma restringe o limita un derecho fundamental, véase, *infra* tema: “Razonabilidad jurídica y análisis de proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la cautela”, del presente trabajo.

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, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexas en los términos del presente Código.

En el análisis de esta modalidad de prisión preventiva, es importante destacar su necesaria petición por parte del Ministerio Público, ya que se ha visto en la práctica que por falta de capacitación del Ministerio Público, no se solicita la medida cautelar, lo cual tiene como consecuencia que el juez de control no la ordene independientemente de que se cumplan con alguno de los supuestos señalados en el artículo 167 transcrito,<sup>9</sup> esto se traduce en que el imputado no podrá ser sujeto a la medida, llevando en su caso, el proceso en libertad.

## 2. Casos de procedencia

Como hemos señalado la prisión preventiva no oficiosa se encuentra regulada en la primera parte del segundo párrafo del artículo 19 constitucional, el cual señala:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo

procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso

Por su parte los dos primeros párrafos del artículo 167 del CNPP, regulan la medida cautelar diciendo:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario 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, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexas en los términos del presente Código.

En el supuesto de que el imputado esté siendo procesado por otro delito distinto de aquel en el que se solicite la prisión preventiva, deberá analizarse si ambos procesos son susceptibles de acumulación, en cuyo caso la existencia de proceso previo no dará lugar por sí sola a la procedencia de la prisión preventiva.

A continuación analizaremos los extremos de cada caso regulado, así como la forma de acreditación ante el juez de control.

### *a. Garantizar la comparecencia del imputado en juicio*

La primera finalidad por la cual el Ministerio Público puede solicitar la prisión preventiva oficiosa, se traduce en evitar que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia, logrando con ello asegurar un derecho fundamental a la

<sup>9</sup> El juez Morcillo señala: “La base fundamental de un juicio justo es la imparcialidad del juez y esa imparcialidad es la que genera la confianza en la justicia por la ciudadanía”. (Cf: Morcillo Moguel, R. 2014, p. 32).

impartición de justicia y buscando que el hecho delictivo no quede impune.

El peligro de sustraerse de la acción de la justicia tiene que ser acreditado de manera objetiva, y el artículo 168 del CNPP, señala las circunstancias que especialmente tomará en cuenta el juez de control al momento de decidir sobre la cautela. El mencionado artículo señala:

Para decidir si está garantizada o no la comparecencia del imputado en el proceso, el juez de control tomará en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

- I. El arraigo que tenga en el lugar donde deba ser juzgado determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y las facilidades para abandonar el lugar o permanecer oculto. La falsedad sobre el domicilio del imputado constituye presunción de riesgo de fuga;
- II. El máximo de la pena que en su caso pudiera llegar a imponerse de acuerdo al delito de que se trate y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante éste;
- III. El comportamiento del imputado posterior al hecho cometido durante el procedimiento o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal;
- IV. La inobservancia de medidas cautelares previamente impuestas, o
- V. El desacato de citaciones para actos procesales y que, conforme a derecho, le hubieran realizado las autoridades investigadoras o jurisdiccionales.

Dentro de las principales críticas que se han hecho en cuanto a la sustracción de la acción de la justicia por parte del imputado, radica en que según

mencionan los detractores, basta con que el imputado presente una identificación con un domicilio falso, para que se le conceda la libertad y nunca se le vuelva a ver. En caso de resultar cierta tal afirmación, únicamente se corroborará la falta de preparación del Ministerio Público, su policía y la Unidad de Medidas Cautelares, los cuales debieran de corroborar la existencia y veracidad de ese domicilio que se proporciona, y en el caso de que el mismo resulte falso, hacerlo saber al juzgador.

#### *b. Garantizar el desarrollo de la investigación*

El juez de control, tomando en cuenta las circunstancias del hecho imputado y los demás datos de prueba aportados por la autoridad ministerial, ordenará la prisión preventiva cuando exista riesgo de que el imputado, estando en libertad obstaculizara el desarrollo de la investigación.

El artículo 169 del CNPP, señala los supuestos en que existe peligro para el desarrollo de la investigación, diciendo:

Para decidir acerca del peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación, el juez de control tomará en cuenta la circunstancia del hecho imputado y los elementos aportados por el Ministerio Público para estimar como probable que, de recuperar su libertad, el imputado:

- I. Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba;
- II. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten

- de manera reticente o inducirá a otros a realizar tales comportamientos, o
- III. Intimidará, amenazará u obstaculizará la labor de los servidores públicos que participan en la investigación.

Los supuestos señalados en los que existe riesgo de que el imputado pondrá en riesgo el desarrollo de la investigación, se traducen en un peligro que tiene que ser acreditado por el Ministerio Público, con los datos de prueba con los que cuente, ya que en un respeto al derecho fundamental a la presunción de inocencia, el juzgador no podrá autorizar la medida cautelar si no quedan acreditados los extremos del numeral citado.

### *c. Garantizar la protección de la víctima, testigos o comunidad*

Otro supuesto en que el Ministerio Público puede solicitar la prisión preventiva es cuando acredite que la libertad del imputado se traducirá en riesgo para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad en general. El artículo 170 del CNPP regula este supuesto de la siguiente manera:

La protección que deba proporcionarse a la víctima u ofendido, a los testigos o a la comunidad, se establecerá a partir de la valoración que haga el juez de control respecto de las circunstancias del hecho y de las condiciones particulares en que se encuentren dichos sujetos, de las que puedan derivarse la existencia de un riesgo fundado de que se cometa contra dichas personas un acto que afecte su integridad personal o ponga en riesgo su vida.

Tal como hemos venido diciendo, en todos estos supuestos en los que se solicita la prisión preventiva, el Ministerio Público tiene que acreditar el riesgo que supone la libertad del imputado durante el proceso.

### *d. Cuando el imputado esté siendo procesado o sea reincidente de delitos dolosos*

El último supuesto previsto por la Carta Magna, mediante el cual el Ministerio Público puede solicitar la prisión preventiva, es cuando el imputado haya sido sentenciado o esté siendo procesado por delito doloso, siempre y cuando ambos procesos no sean susceptibles de acumulación. El artículo 167 del CNPP dice:

cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexas en los términos del presente Código.

En el supuesto de que el imputado esté siendo procesado por otro delito distinto de aquel en el que se solicite la prisión preventiva, deberá analizarse si ambos procesos son susceptibles de acumulación, en cuyo caso la existencia de proceso previo no dará lugar por sí sola a la procedencia de la prisión preventiva.

Este supuesto de procedencia de la prisión preventiva se basa en la reincidencia delictiva del imputado, frente a lo cual el Estado debe endurecer sus medidas; como puede verse, la carga

probatoria que tiene el Ministerio Público no exige acreditar los extremos objetivos de un peligro, exclusivamente tendrá que hacer una búsqueda oportuna en las bases de datos y con las autoridades correspondientes, para aportar esos datos de prueba en la audiencia inicial y sostener su petición de prisión preventiva.

### 3. Razonabilidad jurídica y análisis de proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la cautela

Respetando la excepcionalidad y subsidiariedad de la prisión preventiva, expongo ahora la doctrina desarrollada por el Poder Judicial Federal, sobre la razonabilidad jurídica de las medidas que pueden vulnerar derechos fundamentales; extremos que también deberán ser acreditados por el Ministerio Público y valorados por el juzgador, para dictar la prisión preventiva en la modalidad que se analiza.

La doctrina jurisprudencial del Poder Judicial de la Federación ha emitido diversos precedentes respecto del derecho fundamental de razonabilidad jurídica. A continuación se transcribe la Jurisprudencia 55/2006, dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como la Tesis Aislada CCXXXVII/2007, emitida por el mismo órgano jurisdiccional:

IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo

que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación

innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado. (Primera Sala, P./J.55/2006, septiembre de 2007).

COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. EL ARTÍCULO 44 DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL, AL LIMITAR A CINCO EL NÚMERO MÁXIMO DE COLEGIOS SUSCEPTIBLES DE CONSTITUIRSE POR CADA RAMA, VULNERA LA GARANTÍA DE IGUALDAD, EN RELACIÓN CON LAS DE LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACIÓN. El citado precepto legal, al establecer que todos los profesionales de una misma rama podrán constituir en el Distrito Federal uno o varios colegios, sin que excedan de cinco por cada rama profesional, viola la garantía de igualdad, en relación con las de libertad de trabajo y asociación contenidas en los artículos 1o., 5o. y 9o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respectivamente, en tanto que establece una condición sobre el número posible de este tipo de organizaciones que, una vez satisfecha, se convierte en un obstáculo insuperable para aquellas agrupaciones que aspiran a obtener un registro de esa naturaleza, habida cuenta que esa medida les impide, a diferencia de las organizaciones que ya tienen el registro como colegio de profesionistas (derecho de igualdad), obtener el reconocimiento relativo que les permita dedicarse a la profesión, trabajo u ocupación que libremente pueden elegir

(libertad de trabajo) y les restringe toda posibilidad de reconformarse como una persona moral con las actividades de orden público e interés colectivo que involucran la citada colegiación (libertad de asociación). Además, de acuerdo con la jurisprudencia 1a./J. 55/2006 de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el análisis de constitucionalidad de un dispositivo normativo a la luz de la garantía de igualdad –que debe entenderse en relación directa con las libertades que la propia Constitución consagra– requiere corroborar, entre otros elementos, la racionalidad o adecuación de la distinción introducida por el legislador, la cual está condicionada a constituir un medio apto para conducir al fin u objetivo que aquél desea alcanzar; sin embargo, tales presupuestos no se surten en el mencionado artículo 44, pues ni el contenido del ordenamiento en que se encuentra inmerso ni los antecedentes de su proceso legislativo revelan que la cantidad de colegios establecida sea realmente útil para la consecución de la finalidad perseguida por el creador de la norma, máxime que lo que éste pretendió fue evitar que la colegiación fuera unitaria, pero sin señalar el porqué cinco es el número idóneo para tal efecto, lo que de suyo es apto para poner de manifiesto que el precepto otorga un trato desigual a sujetos iguales que, por no encontrarse justificado, está proscrito por el Orden Supremo. (Primera Sala, 1a CCXXXVII/2007, octubre de 2007).

De las tesis transcritas se desprenden diversos subprincipios de la razonabilidad jurídica en una medida que afecte un derecho fundamental; hay que señalar que dichas tesis se dictaron a propósito de casos en los cuales se encontraba relacionado el derecho fundamental de igualdad. Al respecto hay que precisar que la razonabilidad (y su respectivo test de proporcionalidad) no solo resulta aplicable a supuestos en los

que se encuentre involucrado el derecho fundamental de igualdad, sino que, por el contrario, resulta aplicable a la totalidad de los casos en que cualquier derecho fundamental se encuentre involucrado, como resultaría con una medida de prisión preventiva frente al derecho a la libertad personal.

Sirve de sustento a lo anterior, la Tesis CCCXII/2013, dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que a continuación se transcribe:

**INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que existen dos niveles de análisis de la constitucionalidad, uno de carácter ordinario y otro de nivel intenso. El primero debe realizarlo el juez constitucional en los asuntos que no incidan directamente sobre los derechos humanos y exista un amplio margen de acción y apreciación para la autoridad desde el punto de vista normativo, como ocurre en la materia económica o financiera. En cambio, el escrutinio estricto se actualiza cuando el caso que se tenga que resolver involucre categorías sospechosas detalladas en el artículo 1o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se afecten derechos humanos reconocidos por el propio texto constitucional y/o por los tratados internacionales, o se incida directamente sobre la configuración legislativa que la Constitución prevé de manera específica para la actuación de las autoridades de los distintos niveles de gobierno. *En este sentido, si bien las diferencias en la intensidad del control constitucional y el uso del principio de proporcionalidad han derivado de precedentes relacionados sólo con el principio de igualdad, ello no es impedimento para utilizar esta clasificación jurisprudencial y*

*el respectivo test de proporcionalidad (fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido) para casos que no estén estricta y únicamente vinculados con el aludido principio constitucional.* Lo anterior, porque el juzgador realiza indirecta y cotidianamente diversos grados de análisis constitucional dependiendo si se trata, por ejemplo, de la afectación de un derecho humano o del incumplimiento de una norma competencial de contenido delimitado o de libre configuración, aun cuando la materia del caso no sea la violación estricta del derecho de igualdad. Así, el principio de proporcionalidad irradia y aplica sobre la totalidad de los derechos humanos con fundamento en el artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (Primera Sala 1a CCXXXVII/2013 (10º) octubre de 2013). (Énfasis agregado).

Efectuadas las anteriores precisiones, a continuación se profundizará en el análisis del principio constitucional de razonabilidad jurídica. Para calificar la justificación de la medida cautelar de prisión preventiva (no oficiosa), ya que al colisionar con el derecho fundamental a la libertad personal, debe efectuarse un examen de la referida medida a la luz de los tres subprincipios que integran la razonabilidad jurídica; a saber: (i) la idoneidad; (ii) la proporcionalidad; y, (iii) la necesidad.

A partir de estos subprincipios se puede determinar si la prisión preventiva afecta a la libertad personal en forma legítima o no, pues los mismos establecen si la medida judicial incide en un modo excesivo respecto de la imprescindible satisfacción de un fin constitucionalmente lícito. Es necesario realizar este análisis ya que puede darse el caso de que la medida cautelar, aun siendo

idónea para cumplir un fin legítimo, sería desproporcionada o contraria a la razonabilidad jurídica, si dicho fin pudiera tener la misma satisfacción con otra medida que menoscabe en grado menor los derechos fundamentales del gobernado.

En relación con tales límites al legislador, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la siguiente tesis de jurisprudencia:

**GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.** De los criterios emitidos por la *Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales.* Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados. (Pleno, Tesis P./J. 130/2007, diciembre de 2007) (Énfasis agregado).

A través de este precedente, nuestro Máximo Tribunal establece que en atención a los principios en comento, la actuación de los órganos legislativos debe ser idónea para obtener los fines que se persiguen, es decir: la finalidad debe ser constitucionalmente legítima, las medidas deben ser adecuadas y aptas

para alcanzar los fines, deben ser necesarias para lograr la finalidad y estar justificada en razones constitucionales, pues de lo contrario la actuación del creador de la norma será arbitraria en perjuicio de los gobernados.

Expuesto lo anterior, a continuación explicaremos el contenido y alcance de cada uno de los subprincipios antes apuntados.

#### *a. Subprincipio de idoneidad o adecuación*

Este subprincipio se desarrolla en dos vertientes que tienen como propósito determinar la licitud de una intervención en un derecho fundamental; es decir: (i) la prisión preventiva (no oficiosa) debe tener un fin legítimo; y, por tanto, (ii) debe ser objetivamente idónea o adecuada para realizarlo, es decir, la medida cautelar debe ser tal, que el fin sea su consecuencia natural.

En relación con la primera vertiente del subprincipio de idoneidad, se debe señalar que para restringir el derecho fundamental a la libertad personal se debe intentar lograr un fin constitucionalmente legítimo. En este sentido, el fin debe ser constitucionalmente permitido o tender a satisfacer un principio inmerso en la Constitución; situación que evidentemente excluye como legítimo a todo fin prohibido por la misma, pues limitar la eficacia de los derechos fundamentales en nombre de cualquier “interés” afectaría el principio de supremacía constitucional y, consecuentemente, su naturaleza de “derechos”.

En relación con la segunda vertiente del subprincipio de idoneidad, se debe señalar que la idoneidad de la prisión preventiva se refiere a que, abstractamente considerada, esta contribuya y facilite la realización del fin inmediato que persigue (garantizar la seguridad de las partes y la comunidad, garantizar el éxito de la investigación y evitar la sustracción de la acción de la justicia por parte del imputado), en el entendido de que como fin mediato tiene a su cargo satisfacer o promover a un determinado principio constitucional (la administración de justicia, por ejemplo).

#### *b. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*

Este subprincipio supone una ponderación entre el derecho fundamental a la libertad personal y el fin de la prisión preventiva que origina su menoscabo, a través del examen de los gravámenes que se imponen recíprocamente, para establecer si el beneficio obtenido por dicho fin justifica la intensidad en que se menoscaba el derecho fundamental.

Para analizar la proporcionalidad de la medida cautelar, se debe proceder de la siguiente forma:

- a. Determinar la importancia del derecho fundamental a la libertad personal y el fin de la prisión preventiva que se le opone;
- b. Comparar la relevancia del derecho fundamental a la libertad personal y el fin de la medida cautelar que se le opone; es decir, las intensidades en

que el fin se beneficia por la intervención en el derecho fundamental; y,

- c. Formular una regla de procedencia entre dichas posiciones, que disponga cuál de dichos intereses debe ceder frente al otro en el caso concreto en análisis; esto es, si el protegido por el derecho fundamental a la libertad personal o el principio constitucional que apoya el fin de la prisión preventiva.

#### *c. Subprincipio de necesidad o indispensabilidad*

Este subprincipio dispone que la medida que restrinja el derecho fundamental a la libertad personal, debe ser indispensable para satisfacer el fin de la prisión preventiva, que se opone a dicho Derecho fundamental. Lo anterior, atendiendo a que la medida cautelar: (i) sea la menos gravosa para el Derecho afectado entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado; y, (ii) a que no existan otras opciones para satisfacer el fin perseguido o las disponibles afectan el derecho intervenido en una mayor medida.

De no estar ante uno de los supuestos apuntados, la medida en cuestión será ilegítima pues, en estricto sentido, se afectaría un derecho fundamental de una manera que no sería estrictamente necesaria.

Así, será constitucionalmente ilícita la medida cautelar de prisión preventiva no oficiosa, de haber alternativa a ella, de una forma en que con menor o

nula intervención en el derecho fundamental a la libertad personal, se alcance una mejor u óptima satisfacción de los fines que persigue (evitar la sustracción de la acción de la justicia, garantizar la seguridad de la víctima, testigos y comunidad, asegurar que se continúe con la investigación).

En suma, el juzgador para dictar la medida cautelar deberá tomar en cuenta los principios de: a) excepcionalidad, b) motivación de la resolución, c) prueba de la necesidad de la medida, d) proporcionalidad de la cautela y e) privilegiar la libertad del imputado (Benavente Chorres e Hidalgo Murillo, 2017: 536).

## C. PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

Corresponde ahora el análisis de la prisión preventiva oficiosa, quizá la forma de esta medida cautelar más criticada en la actualidad, y respecto de la cual se pretende una reforma que amplíe los casos de procedencia.

### 1. Delitos por los que procede

#### a. Regulación constitucional

La Constitución regula los casos de procedencia de la prisión preventiva oficiosa, señalando en el artículo 19 segundo párrafo, lo siguiente:

El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata

de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

#### b. Regulación legal

En una adecuada técnica legislativa, el artículo 167 del CNPP, hace la regulación legal de los delitos específicos por los cuales el juez de control deberá de dictar de manera oficiosa la prisión preventiva al imputado. Dicho numeral ordena:

El juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

La ley en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten 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 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.

El juez no impondrá la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad. Dicha solicitud deberá contar

con la autorización del titular de la Procuraduría o el funcionario que en él delegue esa facultad.

## 2. Necesaria acreditación de los supuestos de procedencia por parte del Ministerio Público

Desde la regulación que la Carta Magna hace de la prisión preventiva oficiosa, queda de manifiesto que el constituyente permanente, seleccionó de entre todas las conductas delictivas, las que son más lesivas tanto para los titulares de los bienes jurídicos como para la sociedad en general.

Los fines de la medida siguen siendo los mismos (evitar la sustracción del imputado de la acción de la justicia; evitar el riesgo a la víctima, testigos y comunidad en general; así como evitar que se obstaculice el desarrollo de la investigación), sin embargo, por la lesividad propia y el repudio social que representan, estas conductas han sido seleccionadas por el legislador para relevarse de prueba la acreditación del riesgo que representa la libertad del imputado, imponiendo la obligación al juzgador de dictar la medida cautelar cuando de estos casos se trate.

Es una medida en extremo invasiva al derecho fundamental a la libertad personal, por tal motivo, únicamente podrá dictarse para los siguientes delitos: a) delincuencia organizada, b) homicidio doloso, c) violación, d) secuestro, e) trata de personas, f) delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, y g) delitos graves

que determine la ley contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Ahora bien, hemos dicho que en el supuesto de la prisión preventiva oficiosa, el Ministerio Público no debe acreditar el riesgo de que el imputado siga el proceso en libertad, lo que si deberá de acreditar es que se trata de alguno de los delitos para los cuales se puede dictar este tipo de medida cautelar.

Con la reducción de la carga probatoria que existe para vincular a proceso, en donde únicamente basta encuadrar la conducta delictiva en la descripción que de la misma hace el tipo penal,<sup>10</sup> la problemática que ha representado en la aplicación de esta medida cautelar, ha sido en los casos de “delitos cometidos con medios violentos como armas o explosivos”, en los cuales el Ministerio Público no acredita el medio comisivo violento como, por ejemplo, la utilización de un arma de fuego en un robo con violencia, teniendo como consecuencia que el juez de control no pueda dictar tal medida.

#### IV. CONCLUSIONES

1. La prisión preventiva es una medida cautelar que tiene como finalidades específicas: a) evitar que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia., b) proteger a las víctimas, testigos y comunidad en general., y c) evitar el riesgo para el desarrollo de la investigación.
2. La prisión preventiva no es una pena. Desafortunadamente los excesos que con dicha medida se cometieron en el anterior sistema, ha arraigado profundamente en la conciencia colectiva de la sociedad mexicana, la idea de que el procesado debe estar en la cárcel, independientemente del delito y sin importar que haya sido condenado o no. Una de las principales tareas que tenemos como Nación, es cambiar la forma de entender el enjuiciamiento criminal, apostando a una mínima intervención del Estado en los derechos humanos.
3. Que a un imputado no se le dicte prisión preventiva, no quiere decir que sea inocente o que el sistema penal acusatorio es una puerta giratoria. Exclusivamente implica que el imputado seguirá el proceso en libertad y en caso de ser condenado a la pena de prisión, después de agotado el juicio, por supuesto que irá a la cárcel.
4. Al tratarse de una medida jurisdiccional que colisiona con diversos derechos fundamentales como la libertad personal o la presunción de inocencia, es necesario para la eficacia de su aplicación que los supuestos de procedencia estén regulados desde la Constitución. La misma siguiendo los principios de excepcionalidad y subsidiariedad, regula dos tipos de prisión preventiva: a) la que es a petición del Ministerio Público, y b) la que dicta el juez de control oficiosamente.

<sup>10</sup> Contradicción de tesis 86/2016 citada anteriormente.

5. En la prisión preventiva que solicita el Ministerio Público, este debe probar ya sea a) el riesgo que supone la libertad del imputado durante el proceso, o b) que el imputado es reincidente en la comisión de un delito doloso —ya sea sentenciado o procesado—. Y la falta de acreditación de estos extremos por parte de las autoridades (Ministerio Público, su policía o la Unidad de Medidas Cautelares, según sea el caso), impide que el juez de control ordene dicha medida.
6. La prisión preventiva oficiosa implica una reducción de los parámetros probatorios para poder dictarla; el juez de control la ordenará siempre que se trate del catálogo de delitos previstos desde la Constitución. Sin embargo, si el Ministerio Público no acredita que se trata de uno de los delitos señalados en dicho catálogo, el juzgador no podrá dictarla.
7. Es adecuada la forma en que se regula la prisión preventiva en el sistema penal acusatorio, la misma se debe dictar por delitos en extremo lesivos para la víctima y sociedad, o cuando la libertad del procesado se traduzca en un peligro, contra los fines de la medida cautelar. La no aplicación de la prisión preventiva, de forma adecuada, no se debe a fallos propios del sistema, se debe a la falta de capacitación y estudio de las autoridades, principalmente del Ministerio Público.
8. El sistema penal acusatorio es perfectible, desde luego, pero

modificarlo por la incompetencia y mala actuación de sus operadores en lo que respecta a la prisión preventiva, exclusivamente traerá como consecuencia el debilitamiento de las instituciones y el abuso de una medida que se pretendía tener como excepcional por lo invasiva a los derechos fundamentales.

## V. FUENTES DE CONSULTA

- Adato de Ibarra, V. (1977). *La cárcel preventiva de la Ciudad de México*. México: Botas.
- Benavente Chorres, H., Hidalgo Murrillo, J. D. (2017). *Código Nacional de Procedimientos Penales comentado*. México: Flores.
- Berdugo Gómez de la Torre I. *et al.* (2004). *Curso de derecho penal parte general*. España: Experiencia.
- Diccionario jurídico mexicano* (2001). México: UNAM-IJ.
- Morcillo Moguel, R. (2014). “El papel del juez nacional en el sistema penal acusatorio”. En *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Núm. 36. Enero.
- Erin Brewer, S. (2014). “Hacia un proceso penal constitucional: Elementos para entender y aplicar la presunción de inocencia en México”. En *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Núm. 36. Enero.
- Llobet Rodríguez, J. (2009). “La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano”. En *Revista Ius*. Núm. 24. Julio.

Tesis P./J. 21/98. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. Tomo VII. Marzo de 1998.

Tesis P./J. 20/2014 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. Viernes 25 de abril de 2014.

Tesis 1a./J. 55/2006. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. Tomo XXIV. Septiembre de 2006.

Tesis 1a. CCXXXVII/2007. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

Novena Época. Tomo XXVI. Octubre de 2007.

Tesis 1a. CCCXII/2013 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época. Libro XXV. Tomo II. Octubre de 2013.

Tesis P./J. 130/2007. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización. Tomo XXVI. Diciembre de 2007.