



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

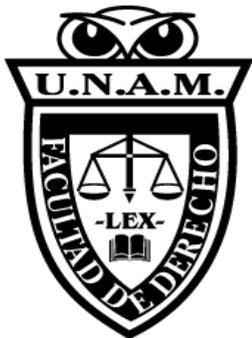
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

**“LA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL
SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO MEXICANO.”**

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE:
ESPECIALISTA EN DERECHO PENAL

P R E S E N T A:
DOLORES XILONEN RÍOS VELASCO

ASESOR: DR. ELÍAS POLANCO BRAGA



CIUDAD UNIVERSITARIA, CDMX

NOVIEMBRE 2022



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

“Cada uno de nosotros tiene sus preferencias, aun en materia de compasión. Los hombres son diversos entre sí incluso en el modo de sentir la caridad. También este es un aspecto de nuestra insuficiencia. Los hay que conciben al pobre con la figura de hambriento, otros con la de vagabundo, otros con la del enfermo; para mí, el más pobre de todos los pobres es el preso, el encarcelado.”

*“Las miserias del proceso penal”
Francesco Carnelutti*

A mi familia:

Por brindarme en cada instante su amor, su apoyo incondicional y sus consejos que han sido fundamentales para cumplir mis sueños.

A mis amigos:

Por el cariño, consejos y palabras de aliento que me sirvieron como inspiración para el desarrollo de este proyecto.

A la Universidad Nacional Autónoma de México:

Por otorgarme la dicha de pertenecer con orgullo a esta máxima casa de estudios.

Al Posgrado de la Facultad de Derecho:

Por abrirme sus puertas para especializarme con dedicación en esta maravillosa profesión.

A mi asesor Doctor Elías Polanco Braga:

Por la dedicación y paciencia que me ha brindado, así como sus valiosos conocimientos en sus cátedras, los cuales fueron fundamentales para mi formación en la especialización y para el desarrollo del presente trabajo de investigación.

A los destacados juristas Licenciado Alonso Aguilar Zinser y

Licenciado Jorge Francisco Escudero Martínez:

Por sus consejos y conocimientos que me fueron esenciales para el análisis del presente estudio y quienes me han permitido junto a su gran equipo, aprender de esta noble profesión en el Bufete Aguilar y Quevedo.

LA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO MEXICANO.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
--------------------	---

CAPÍTULO I

GENERALIDADES PROCESALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1.1. Definición.....	1
1.2. Naturaleza jurídica	3
1.2.1. Provisoriedad.....	3
1.2.2. Instrumentalidad.....	4
1.2.3. Flexibilidad	5
1.3. Principios rectores.....	6
1.3.1. Legalidad.....	7
1.3.2. Jurisdiccionalidad.....	8
1.3.3. Excepcionalidad.....	10
1.3.4. Proporcionalidad	11
1.4. Presupuestos procesales	13
1.4.1. <i>Fumus boni iuris</i> (la apariencia del buen derecho)	14
1.4.2. <i>Periculum in mora</i> (peligro en la demora).....	15

CAPÍTULO II

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

2.1. Finalidades de las medidas cautelares	18
2.2. Peligro de frustración y peligrosidad procesal del imputado	24
2.3. Tipos de medidas cautelares de acuerdo al Código Nacional de Procedimientos Penales	27
2.3.1. Medidas cautelares reales	27
2.3.2 Medidas cautelares personales	30
2.4. La audiencia inicial y su desarrollo en el sistema penal acusatorio	34
2.4.1. Control de legalidad de la detención.....	45
2.4.2. Formulación de la imputación	47

2.4.3. Debate de medidas cautelares	49
2.4.4. Vinculación a proceso.....	53

C A P Í T U L O III

LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

3.1. Concepto	60
3.2. Principios rectores.....	62
3.3. Requisitos de procedencia de la prisión preventiva	64
3.3.1. Oficiosa	64
3.3.2. Justificada	78
3.4. La prisión preventiva y su incompatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia	80
3.5. Principios rectores de la prisión preventiva de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	85

C A P Í T U L O IV

CONCLUSIONES CONSIDERATIVAS.....	94
PROPUESTA DE TESIS.....	99
BIBLIOGRAFÍA	102

INTRODUCCIÓN

Derivado de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, se estableció en el artículo 19, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la figura de la prisión preventiva como una medida cautelar dictada en el proceso penal con la finalidad de restringir la libertad personal del imputado cuando el órgano jurisdiccional advierta un peligro de fuga del imputado o bien, la obstaculización en el procedimiento penal.

Sin embargo, esta medida cautelar en su sustanciación oficiosa obliga a los Jueces de Control a imponerla automáticamente cuando al imputado se le atribuya alguno de los delitos establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o del diverso 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, sin realizar en el caso concreto un juicio de proporcionalidad a través de medios probatorios idóneos y suficientes que justifiquen dicho acto de molestia.

De lo anterior se afirma que la prisión preventiva oficiosa es incompatible con el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de los criterios sustentados en diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales determinan que esta medida cautelar es la más severa en contra de la libertad personal del imputado, por lo cual, deberá ser cuidadosamente aplicada con observancia a los principios de excepcionalidad, legalidad, presunción de inocencia y mediante un juicio de proporcionalidad.

Por otra parte, la prisión preventiva justificada es aplicable a petición expresa del Ministerio Público, cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado al proceso, garantizar el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, testigos o la sociedad.

De manera que, el problema que se advierte en el presente estudio deriva de que la prisión preventiva oficiosa constituye una pena anticipada en contravención a la libertad personal del imputado en el proceso y a su presunción de inocencia, en virtud de que el juez de control no realiza un estudio pormenorizado sobre la idoneidad y proporcionalidad de la medida cautelar a través de un estándar probatorio suficiente, únicamente realiza una interpretación literal al catálogo de delitos contemplados en el artículo 19 Constitucional y 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

En este mismo sentido, tratándose de la prisión preventiva a petición de parte, no se reconoce en el código penal adjetivo un determinado estándar probatorio para su procedencia y su imposición, lo cual resulta necesario para la restricción de la libertad del imputado en el proceso penal.

Es por ello que, en el primer capítulo se examinan las generalidades de las medidas cautelares, así como los presupuestos procesales de la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, los cuales son requisitos de carácter *sine qua non* para determinar su procedencia con independencia de la materia del cual deriven; que, en el sistema penal acusatorio, no están expresamente reconocidas en el artículo 19 de la Constitución Federal y ni en el código penal adjetivo.

En el segundo capítulo se estudiarán las características de las medidas cautelares de carácter real y personal reconocidas en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales, así como el trámite procedimental para su debate y su imposición.

De manera más específica en el capítulo tercero se analizará a la prisión preventiva en su sustanciación oficiosa y justificada, destacándose sus principios rectores, sus requisitos de procedencia, así como su incompatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia desde el aspecto doctrinal y a través de los criterios sustentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por lo tanto, en el capítulo cuarto se establecerán las conclusiones a través de los cuales se determina proponer que la prisión preventiva sea reconocida con sus presupuestos procesales con rango constitucional para que, el Juez de Control previo a su estudio de fondo, analice su procedencia como una verdadera medida cautelar y sin un análisis exegético sobre un catálogo expreso de delitos para su procedencia.

En este entendido, una vez colmados ambos presupuestos procesales, el órgano jurisdiccional estará en posibilidad de analizar la idoneidad de la prisión preventiva solicitada por el Ministerio Público a través del debate respectivo de las partes, en los cuales se aporten medios probatorios suficientes para su desahogo y a través de un determinado y estricto estándar probatorio se determine si en efecto existe un peligro de fuga del imputado o bien, obstaculización del procedimiento penal, por lo que esta medida cautelar deberá ser impuesta sólo en un plazo estrictamente necesario para los fines del proceso.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES PROCESALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1.1. Definición

Dentro de la doctrina jurídica existen diversos criterios que distinguen a las medidas cautelares de acuerdo con sus características de provisoriedad e instrumentalidad como procesos cautelares, providencias cautelares o medidas de seguridad o de cautela.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española la palabra medida significa disposición, proporción o correspondencia de algo con otra cosa, mientras que cautela proviene del latín *cautela* que tiene como acepción prevenir o precaver, por lo que, se afirma que, medida cautelar implica medir la prevención de algo.

Desde el aspecto jurídico, las medidas cautelares calificadas también como providencias o medidas precautorias se definen de la siguiente forma:

*son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como evitar un grave o irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación del proceso.*¹

Como se advierte, las medidas cautelares también son identificadas como providencias cautelares, entendiéndose éstas como:

*la anticipación provisorio de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar el retardo de la misma.*²

¹ Fix- Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2004, t. V, p. 51.

² Calamandrei, Piero, *Las providencias cautelares*, Colombia, Leyer, 2008, p. 27.

En este mismo sentido, la doctrina refiere que estas medidas de cautela pueden llamarse medidas de seguridad:

*surgen antes de que se sea declarada la voluntad de la ley que nos garantiza un bien o antes de que sea realizada su actuación para garantía de su futura actuación práctica.*³

Si bien existen diversas denominaciones para referirse a las medidas cautelares, todas como acepciones tienen la peculiaridad de preservar la materia del proceso para evitar un daño a las partes con el retardo de la sentencia y en el proceso penal se pretende evitar que, con la conducta contumaz del investigado, se pueda poner en riesgo los fines del proceso, por lo cual, pueden ser utilizadas como sinónimos.

Por lo tanto, se afirma que la medida o providencia cautelar es una determinación jurisdiccional dictada durante la sustanciación del proceso, con el objeto de conservar la materia de la litis, anticipando los efectos de la sentencia definitiva para evitar daños irreparables a las partes con el retardo de la misma.

Es importante distinguir que una parte de la doctrina determina que todas las resoluciones dictadas por un órgano jurisdiccional adquieren la denominación de providencias, ya sea de carácter incidental, de trámite o de forma definitiva.

En este sentido, el vocablo providencia deriva de proveer, suministrar, acceder, conceder, el juez provee las peticiones de las partes, suministra, concede lo que está en sus manos otorgar. Pone algo que es suyo, que es la voluntad, mediante la cual el juicio llega hasta su destino. Esta colaboración a expensas de la voluntad jurídica del juez se dispensa tanto en las resoluciones de mero trámite, como en las interlocutorias, como en las definitivas.⁴

³ Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, Editorial Reus, 2000, t. I, p. 282.

⁴ Cfr. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª Ed., Buenos Aires, Depalma Editor, 1958, p. 298.

1.2. Naturaleza jurídica

Dentro de la doctrina del derecho procesal civil, la naturaleza jurídica de las medidas cautelares es establecida como aquella determinación jurisdiccional de carácter preventivo, provisorio e instrumental al proceso por un probable daño a la parte procesal que lo solicite, la cual tendrá como duración hasta en tanto se dicte la sentencia definitiva o se ponga fin al juicio.

Así, es dable afirmar que esta naturaleza jurídica reviste en general todas las medidas cautelares, con independencia del tipo de proceso del cual derive, teniendo como características principales la provisoriedad y la instrumentalidad.

Es importante distinguir que, para algunos autores, la provisoriedad e instrumentalidad son consideradas como principios rectores de las providencias precautorias, sin embargo, considero que estas revisten más una cualidad o característica que las distingue con otro tipo de procesos judiciales.

1.2.1. Provisoriedad

La provisoriedad como característica de las medidas cautelares atiende a la temporalidad en que surtirá efectos, hasta en tanto fenezca el plazo decretado o se dicte la sentencia en lo principal y cause ejecutoria, con el fin de preservar la materia del proceso y evitar un daño a las partes con el retardo de la sentencia definitiva.

En este entendido, la provisoriedad significa en sustancia lo siguiente:

que los efectos jurídicos de las mismas no solo tienen duración temporal [...] sino que tienen duración limitada a aquel periodo de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional.⁵

⁵ Calamandrei, Piero, *op. cit.*, p. 16.

Es importante distinguir de acuerdo con la doctrina la diferencia conceptual entre provisorio y temporal y su enunciación correcta:

*implica que está destinado a durar hasta en tanto sobrevenga un evento posterior, es decir, tendrá una duración interina (entre la providencia cautelar y la definitiva), mientras que la temporalidad es aquello que no dura siempre, independientemente de que sobrevenga otro evento posterior.*⁶

Por lo tanto, las medidas cautelares deben ser contempladas en estricto sentido con carácter provisorio, es decir, que subsistirán hasta que se decrete su revocación o se declare el derecho por el juzgador en el proceso principal (providencia definitiva), mediante una sentencia definitiva.

Es este orden de ideas, la prisión preventiva decretada en un proceso penal deberá imponerse sólo durante el tiempo que en específico determine la norma, es decir, en un plazo razonable señalado por el juzgador, por lo cual, fijar el tiempo máximo de duración para esta medida cautelar es labor del legislador y determinar el plazo razonable dependerá de las circunstancias que en específico advierta el órgano jurisdiccional.

1.2.2. Instrumentalidad

La instrumentalidad de una medida cautelar implica que sus efectos y consecuencias estarán ligadas a los efectos de revocación o del dictado de la sentencia definitiva que se emita en el momento procesal por el órgano jurisdiccional, asegurando así su eficacia para su cumplimiento o ejecución.

Sobre este punto, se dice que la instrumentalidad, es de carácter genérico para todas las resoluciones cautelares:

[...] funcionan como medios para asegurar la eficacia práctica de una resolución principal, en la hipótesis de que ésta tenga determinado contenido

⁶ *Ibidem*, p. 15.

*concreto, del que se anticipan los efectos previsibles [...] actúan como anticipo de otra providencia jurisdiccional otorgando garantías del buen fin del proceso.*⁷

De acuerdo con lo anterior, se advierte que la instrumentalidad es la relación procesal entre la medida cautelar y la sentencia definitiva, cuya finalidad es mantener viva la materia del juicio y asegurar la eficacia de la sentencia definitiva, por lo cual, no cuenta con vida propia en el proceso.

1.2.3. Flexibilidad

La flexibilidad de las medidas cautelares o también conocido como mutabilidad implica la posibilidad de modificarlas o revocarlas en atención a las circunstancias específicas en que se esté desarrollando el proceso judicial.

Así pues, una vez que la medida cautelar es dictada por el órgano jurisdiccional, podrán ser modificadas, sustituidas o extinguidas a solicitud de las partes o de acuerdo con las circunstancias que puedan acaecer en el proceso, dada su instrumentalidad y provisoriedad.

Llegados a este punto, se establece que las medidas cautelares en general son de carácter preventivo, provisorias e instrumentales, sin embargo, dentro del sistema penal acusatorio, tendrán una naturaleza jurídica específica.

Sobre este punto, el artículo 153 del Código Nacional de Procedimientos Penales, establece lo siguiente:

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

⁷ Delgado Siles, Juan Carlos, y Colín García, Ricardo, *Las medidas cautelares como medidas de seguridad en el sistema penal acusatorio*, México, Fontamara, 2017, p. 99.

procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento.

Corresponderá a las autoridades competentes de la Federación y de las entidades federativas, para medidas cautelares, vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

De conformidad con el presente numeral se desprende que las medidas cautelares son resoluciones judiciales dictadas por un Juez de Control, con una duración indispensable a fin de lograr la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o de los testigos o evitar la obstaculización del procedimiento penal, o bien, asegurar el pago de la reparación del daño.

Como resultado, se advierte que las medidas cautelares dictadas en el proceso penal acusatorio además de ser instrumentales y provisionales, tiene la naturaleza jurídica de ser de carácter asegurativo, así como de garantía de seguridad.

1.3. Principios rectores

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, la palabra principio proviene del latín *principium* que significa base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia, y en el ámbito jurídico se dice que principio es *regla o idea fundamental debidamente razonada que rige el pensamiento o la conducta de las personas.*⁸

En este entendido, las medidas cautelares cuentan con diversas bases o fundamentos que en su conjunto otorgan una estructura y peculiaridad especial como determinaciones de carácter provisorio e instrumental dentro de un proceso jurisdiccional, siendo sus principios rectores los siguientes:

⁸ Polanco Braga, Elías, *Nuevo Diccionario del Sistema Procesal Penal Acusatorio. Juicio Oral*, 2° Ed., México, Porrúa, 2015, p. 246.

1.3.1. Legalidad

El principio de legalidad se encuentra establecido en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual a la letra indica:

Artículo 16. *Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.*
[...]

El presente numeral establece la obligación de todas las autoridades de fundar y motivar sus actos que incidan directamente en los derechos fundamentales del gobernado, expresando la norma aplicable y las razones que se hayan considerado para emitir el acto de molestia.

Sobre este punto, la fundamentación y motivación se debe entender como la expresión del precepto legal que la autoridad aplicará al caso específico, señalando las circunstancias o razones que la autoridad haya tenido en cuenta al momento de emitir el acto de molestia, existiendo una adecuación con la norma vigente aplicable para que el acto de autoridad no sea arbitrario.

En este sentido, la doctrina refiere lo siguiente:

existiendo una norma jurídica, el caso o situación concretos respecto de los que se pretende cometer el acto autoritario de molestia, sean aquellos a que alude la disposición legal fundatoria, esto es, el concepto de motivación empleado en el artículo 16 constitucional indica que las circunstancias y modalidades del caso particular encuadren dentro del marco general correspondiente establecido por la ley⁹.

De acuerdo con lo anterior, es importante distinguir que las exigencias del artículo 16 constitucional no es exclusivo para los actos de molestia, por lo cual, la

⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 41^a ed., México, Porrúa, 2016, p. 604.

autoridad competente que emita un acto privativo en términos del artículo 14 de la Constitución federal deberá cumplir con el principio de legalidad.

En este sentido, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la jurisprudencia de rubro *ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN*¹⁰ determina que el acto privativo será aquel que produzca un menoscabo de manera definitiva en la esfera jurídica del gobernado de acuerdo con los requisitos establecidos en el artículo 14 constitucional, mientras que los actos de molestia serán aquellos que afecten preventivamente los derechos de la persona, con el objeto de salvaguardar determinados bienes jurídicos.

Por lo cual, se advierte que las medidas cautelares dictadas dentro del proceso penal constituyen actos de molestia que afectan de manera provisoria la esfera jurídica del imputado, por lo cual, deberán constar por escrito y emitido por autoridad judicial competente donde funde y motive debidamente la causa legal de dicho acto.

1.3.2. Jurisdiccionalidad

El principio de jurisdiccionalidad tiene su fundamento en los artículos 16, párrafo décimo cuarto y 19 párrafo segundo de la Constitución Federal, los cuales a la letra indican:

Artículo 16. [...]

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.

¹⁰ Tesis P./J. 40/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t IV, julio de 1996, p. 5.

Artículo 19. [...]

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

De acuerdo con el primero de los numerales, la autoridad competente para conocer y resolver sobre las solicitudes de medidas cautelares en el proceso penal será el Juez de Control, por lo cual, este órgano jurisdiccional deberá velar por los derechos fundamentales de las partes al momento de resolver lo conducente a dicha medida provisoria, solicitada por el Ministerio Público.

En este sentido, la doctrina refiere que la jurisdiccionalidad o tutela judicial de la siguiente manera:

facultad conferida a la autoridad judicial- o jurisdiccional- para imponerla; es decir, los instrumentos procesales que constituyen las medidas de cautela, aunque por su naturaleza tienen comúnmente un efecto temporal, modifican o intervienen de algún modo en derechos y situaciones subjetivas, en un conflicto entre sujetos, y por eso, solo pueden emanar de una autoridad judicial, ya que un particular, como lo dispone nuestra Carta Magna (artículo. 17), no puede hacerse justicia por sí mismo.¹¹

¹¹ Embris Vásquez, José Luis, *Medidas cautelares. Su transición al sistema acusatorio, adversarial y oral en México*, 2° ed., México, Porrúa, 2013, p. 170.

Por lo tanto, la razón subyacente a este principio es que a través de la tutela judicial se garantiza que la imposición de la medida cautelar será proporcional, excepcional y en estricto apego a los derechos fundamentales de las partes, específicamente del imputado quien será quien resienta de manera directa dicho acto de molestia.

En este mismo sentido, tratándose de la prisión preventiva (medida cautelar que restringen la libertad personal del imputado), el artículo 19 de la Constitución Federal establece la potestad para que sea únicamente el Juez de Control quien imponga la prisión preventiva oficiosa o justificada, atendiendo a la naturaleza del delito que se le atribuya o bien 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.

1.3.3. Excepcionalidad

El principio de excepcionalidad implica que las medidas cautelares no deberán ser aplicadas dentro del proceso penal como regla, sino únicamente cuando resulten indispensables para los fines y la prosecución del proceso penal.

Así pues, se afirma que el principio de excepcionalidad de las medidas cautelares deberá ser aplicable para todas las contenidas en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales, por lo que hace al Sistema Penal Acusatorio.

En este sentido se dice sobre la excepcionalidad lo siguiente:

a la necesidad de intervención de ultima ratio de la coerción estatal, se hace más genuino en las medidas personales, que caracterizadas por ser limitativas

*de la libertad locomotora de las personas, siendo el ejemplo más claro el de la prisión preventiva.*¹²

Derivado de lo anterior, se considera que la *ultima ratio* (última razón) o intervención mínima del Estado es un principio garantista del derecho penal, a través del cual, el Estado limita su intervención punitiva actuando únicamente cuando los hechos constitutivos de delito atenten contra bienes jurídicos fundamentales al bienestar de la sociedad.

1.3.4. Proporcionalidad

Se considera que el principio de proporcionalidad es la piedra angular de las medidas cautelares, cuyos 3 subprincipios se desarrollarán a continuación.

De acuerdo con la doctrina, la proporcionalidad es considerada como un instrumento que regula la actuación del poder público frente al gobernado¹³, por lo que, para su existencia, deberán estudiarse de forma escalonada tres subprincipios: la idoneidad, la intervención mínima y la proporcionalidad *strictu sensu* (estricto sentido). Por lo que hace a la idoneidad se dice:

*toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.*¹⁴

De acuerdo con este concepto se advierte que la intervención Estatal que se pretenda realizar y que afecte un derecho fundamental deberá ser el más pertinente para la prosecución del proceso penal, por lo cual, se reafirma que las medidas cautelares serán idóneas cuando se imponga la más adecuada para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u

¹² Embris Vásquez, José Luis, *op. cit.*, p. 167.

¹³ Cfr. Pujadas Tortosa, Virginia, *Teoría General de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 139.

¹⁴ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4° ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 875.

ofendido o testigo, así como evitar la obstaculización del procedimiento, o bien, garantizar el pago de la reparación del daño.

En este sentido, nos dice el presente autor que una medida cautelar será idónea cuando:

*la restricción de derechos [...] crea un estado de las cosas tal que impide afirmar (o por lo menos reduce) la existencia de un riesgo de frustración procesal o la peligrosidad del imputado para materializar ese riesgo.*¹⁵

Ahora bien, la intervención mínima como segundo subprincipio de la proporcionalidad implica que el Estado limitará su intervención punitiva sobre el gobernado sólo cuando se atente contra bienes jurídicos que resulten fundamentales para el bienestar de la sociedad.

En este mismo sentido, la intervención mínima en las medidas cautelares implica que el órgano jurisdiccional deberá imponer aquella que resulte menos gravosa a los derechos fundamentales del procesado, pero idónea para los fines del proceso penal.

La proporcionalidad *strictu sensu* implica un análisis ponderativo entre el derecho fundamental que se pretende afectar (en el caso de la prisión preventiva la libertad personal) y el *ius puniendi*, por lo cual, este subprincipio implica un juicio valorativo realizado por el órgano jurisdiccional donde se determine una vez hecho el examen de idoneidad e intervención mínima, que la medida cautelar no resulta excesiva en la finalidad del proceso, así como del plazo impuesto.

En esta tesitura, el artículo 156 del código penal adjetivo reconoce el principio de proporcionalidad estableciendo lo siguiente:

¹⁵ Pujadas Tortosa, Virginia, *op. cit.*, p. 143.

Artículo 156. Proporcionalidad

El Juez de control, al imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en este Código, deberá tomar en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el Ministerio Público realice, aplicando el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona, en términos de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución.

Para determinar la idoneidad y proporcionalidad de la medida, se podrá tomar en consideración el análisis de evaluación de riesgo realizado por personal especializado en la materia, de manera objetiva, imparcial y neutral en términos de la legislación aplicable.

En la resolución respectiva, el Juez de control deberá justificar las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado.

De acuerdo con el presente numeral, el Juez de Control tiene la potestad de imponer una o varias medidas cautelares utilizando el criterio de mínima intervención, para ello deberá escuchar las consideraciones de las partes a través del principio de contradicción. Así pues, para determinar si la medida cautelar a imponer es idónea y proporcional, el órgano jurisdiccional deberá tomar en consideración en análisis de valuación de riesgo realizado por personal especializado.

Es importante destacar que dicho análisis ponderativo no es aplicable cuando se trate de imponer la prisión preventiva oficiosa, ya que esta medida cautelar en términos del artículo 19 de la Constitución Federal será impuesta automáticamente cuando al imputado se le atribuya alguno de los delitos contemplados en el catálogo del precepto constitucional, o bien, del numeral 167 del código penal adjetivo.

1.4. Presupuestos procesales

En general, para la doctrina los presupuestos procesales se conceptualizan de siguiente forma:

existen previamente en la ley como condicionante para el inicio, su desarrollo y culminación del proceso, con el carácter de irrenunciable; aunado a que son

*necesarios e imprescindibles como fundamento del ejercicio de la acción procesal [...].*¹⁶

De lo anterior se advierte que los presupuestos procesales son requisitos indispensables establecidos por la ley adjetiva que tienen por finalidad el dar vida y subsistencia al proceso judicial correspondiente.

Ahora bien, en materia cautelar que es el tema que nos ocupa, el órgano jurisdiccional deberá verificar la existencia de dos presupuestos indispensables para la procedencia de las medidas cautelares, las cuales dentro de la doctrina han sido denominadas como *fumus boni iuris* (aparición del buen derecho) y *periculum in mora* (peligro en la demora).

1.4.1. *Fumus boni iuris* (la aparición del buen derecho)

Con relación a la aparición del buen derecho, se afirma como opinión particular que ésta constituye la piedra angular de las medidas cautelares, no obstante que, la codificación procesal nacional no reconoce expresamente a esta figura.

De acuerdo con el presente criterio, esta figura procesal implica un juicio de probabilidades o de verosimilitud sobre el sentido en que se declarará el derecho en el juicio principal, señalándose:

*la vida de la providencia cautelar está en todos los casos fatalmente ligada a la emanación de la providencia principal: si ésta declara que el derecho no existe, la medida cautelar desaparece, porque la aparición en que la misma se basaba, se manifiesta como ilusoria; si, por el contrario, declara que el derecho existe, la medida cautelar no puede hacer otra cosa que dejar el puesto libre a aquellos efectos definitivos, las veces de los cuales ha hecho hasta ahora anticipadamente.*¹⁷

¹⁶ Polanco Braga, Elías, *Tratado sistemático de la teoría del proceso*, México, Porrúa, 2019, p. 117.

¹⁷ Calamandrei, Piero, *op. cit.*, p. 68.

Como se advierte de lo anterior, la instrumentalidad y provisoriedad de la medida cautelar está íntimamente ligada con la apariencia del buen derecho, ya que esta última está basada en la existencia de probabilidades de que el derecho se declarará a favor del peticionario de la medida provisoria, durando únicamente el tiempo en que demorará la emisión de la sentencia definitiva.

Por lo tanto, se afirma que la apariencia del buen derecho es una hipótesis o un determinación previa que el órgano jurisdiccional obtendrá sobre el sentido en que él declarará el derecho en la controversia judicial del cual deriva, a través de un estudio preliminar sobre las pretensiones y elementos probatorios de la parte que requiera la protección de la medida cautelar.

1.4.2. *Periculum in mora* (peligro en la demora)

Dentro de la doctrina procesal italiana este presupuesto se le ha denominado como *periculum in mora* (peligro en el retardo)¹⁸, temor de daño o bien, peligro del retraso.

Siguiendo la línea argumentativa del autor, esta figura la conceptualiza de la siguiente manera:

*la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva (periculum in mora).*¹⁹

De acuerdo con lo anterior, para que las partes en el proceso soliciten al órgano jurisdiccional una medida cautelar, deberá existir un peligro de daño a un bien jurídico ocasionado con el retardo de la sentencia definitiva, es decir, será un elemento indispensable la inminente afectación que se dé por el retardo de la

¹⁸ Elías Azar, Edgar, *Frasas y expresiones latinas*, 4ª ed., México, Porrúa, 2014, p. 286.

¹⁹ Calamandrei, Piero, *op. cit.*, p. 21.

sentencia principal que en su momento se emita, por lo cual, la medida cautelar anticipará los efectos de ésta para la parte solicitante.

En este mismo sentido, la doctrina ha sido clara en señalar que las medidas cautelares sirven para contrarrestar algún peligro sobre los derechos de las partes procesales, que, de emitirse la sentencia de manera retardada, sus efectos resultarían ineficaces, señalando:

la medida provisional responde a la necesidad efectiva y actual de remover el temor de un daño jurídico: si este daño era en realidad inminente y jurídico, ha de resultar de la declaración definitiva. [...] En la medida provisional es, pues, necesario distinguir su justificación actual, esto es, frente a las apariencias del momento y su justificación última.²⁰

De conformidad con el autor, para que el órgano jurisdiccional determine la existencia de dicho daño jurídico, deberá verificar la existencia de circunstancias específicas que adviertan la urgencia de ser dictada la medida cautelar. Para ello, deberá realizar un examen superficial sobre cómo se declarará de fondo el derecho en la sentencia definitiva.

Ahora bien, de acuerdo con lo anterior, se advierten dos tipos de *periculum in mora* denominados por la doctrina como peligro de infructuosidad y peligro en la tardanza.

a) Peligro en la infructuosidad:

De acuerdo con la doctrina italiana, el peligro a la infructuosidad implica que la medida cautelar deberá ser dictada a fin de evitar que la sentencia emitida en el proceso, sea eficaz para la parte que le favorezca dicha determinación definitiva²¹.

b) Peligro en la tardanza:

²⁰ Chiovenda, José, *op. cit.*, p. 283.

²¹ Cfr. Calamandrei, Piero, *op. cit.*, p. 59.

Se debe admitir que existe una impartición de justicia lenta y con ello, los derechos de las partes pueden ser lesionados. En este entendido, el peligro en la tardanza deriva del riesgo del retardo de la sentencia, que, de ser así, hace ineficaz los efectos de ésta sobre los derechos de la parte procesal que salga favorecida, por lo cual, al advertirse dicho peligro, deberá concederse la medida cautelar.

CAPÍTULO II

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

2.1. Finalidades de las medidas cautelares

Como se ha señalado en el capítulo anterior, las medidas cautelares tienen la naturaleza jurídica de ser provisorias e instrumentales dentro de todo procedimiento jurisdiccional, hasta en tanto se dicte de manera definitiva la resolución que ponga fin al litigio.

Asimismo, se ha determinado que las medidas cautelares en materia penal tienen una naturaleza jurídica específica, al ser de carácter asegurativo y de seguridad para la víctima u ofendido, testigos o la sociedad durante el tiempo en que se substancie el proceso penal.

En este sentido, el artículo 153 del Código Nacional de Procedimientos Penales, establece expresamente que la finalidad de las medidas cautelares decretadas por el Juez de Control será para garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento.

Aunado a lo anterior, se refiere lo siguiente:

La finalidad de las medidas cautelares esencialmente es garantizar que el imputado no evada la acción de la justicia, además:

- *Evitar que se agrave o se desvirtúe un hecho que a futuro se podría producir, o se obstaculice el desarrollo del proceso de no decretarse o imponerse de manera provisional o definitiva por el juzgador.*
- *Asegurar la presencia del inculgado en el proceso y el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, los testigos o la comunidad.*²²

Por lo tanto, la doctrina ha determinado que las finalidades de las medidas cautelares se dividen en dos sectores: en principales y accesorias.²³

²² Polanco Braga, Elías, *Procedimiento Penal Nacional Acusatorio y Oral*, 4ª ed., México, Porrúa, 2022, p. 242.

²³ Embris Vázquez, José Luis, *op. cit.*, p. 145.

a) Principales: La finalidad principal de las medidas cautelares consistirá en asegurar el correcto desarrollo, así como los fines del proceso penal. Sobre este último punto, el artículo 20, apartado A, fracción I de la Constitución Federal, establece que el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por la comisión del delito se reparen, por lo tanto, las medidas cautelares que se decreten deberán salvaguardar estas finalidades constitucionales.

b) Accesorias: De acuerdo con algunos autores, las finalidades accesorias de las medidas cautelares son las siguientes:

i) Que se haga efectivo el ius puniendi del Estado: sobre este punto, las medidas cautelares aseguran que el Estado imponga al responsable de un delito las penas y las medidas de seguridad que resulten aplicables a través de una sentencia ejecutoriada.

ii) Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal: esta finalidad abarca dos supuestos: 1) evitar que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia y, 2) evitar que el imputado pueda cometer algún otro delito durante el procedimiento penal.

En estos términos, el artículo 168, fracción I del Código Nacional de Procedimientos Penales a la letra establece:

Artículo 168. Peligro de sustracción del imputado

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;

En principio, para determinar si existe peligro de que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia, el órgano jurisdiccional deberá tomar en cuenta los diversos supuestos que se establecen en el presente artículo a fin de determinar si es aplicable la imposición de alguna medida cautelar que garantice la comparecencia del imputado a proceso.

En este sentido, la fracción I establece que el Juez de Control deberá verificar el arraigo que el imputado tenga en el lugar donde deba ser juzgado a través de su domicilio, residencia habitual y asiento de la familia, así como la existencia de facilidades para abandonar el lugar o permanecer oculto, a través de los elementos probatorios que aporten las partes en el debate respectivo.

Sin embargo, de acuerdo con el criterio sustentado por nuestros órganos de control constitucional a través de la tesis aislada de rubro *MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. EL ARRAIGO DEL IMPUTADO NO NECESARIAMENTE DEBE UBICARSE EN EL LUGAR EN QUE DEBA SER JUZGADO, PARA TENER POR GARANTIZADA SU COMPARECENCIA EN EL PROCESO*²⁴, se determina que la expresión “el arraigo que tenga el imputado en el lugar donde deba ser juzgado” no debe interpretarse a la literalidad de la norma.

De conformidad con dicho criterio, el arraigo en el lugar donde deba ser juzgado no es un requisito de carácter *sine qua non* (condición que resulta indispensable para algo), sino un aspecto que el órgano jurisdiccional podrá tomar en cuenta, siendo únicamente relevante para la determinación de la medida cautelar verificar el arraigo del imputado atendiendo a su domicilio, residencia habitual y asiento de la familia, pudiendo coincidir o no con el lugar en que deba ser juzgado.

De modo que, dicha interpretación que hace el órgano judicial de amparo se comparte, ya que en la práctica se observa que el Ministerio Público indebidamente

²⁴ Tesis I.4o.P.31 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo III, noviembre de 2019, p. 2430.

pretende justificar la solicitud de la prisión preventiva al presumir peligro de sustracción de la acción de la justicia debido a que el imputado no cuenta con residencia en el lugar donde será juzgado, sin embargo, de ser dictada la prisión preventiva bajo estas circunstancias, se impondría como pena anticipada, trastocando con ello el derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia.

Ahora bien, la fracción segunda del presente numeral dispone lo siguiente:

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;

Respecto a este supuesto, para determinar si existe peligro de sustraerse de la acción de la justicia, el Juez de Control tomará en cuenta el máximo de la pena que pueda llegar a imponerse de acuerdo con el delito que se le atribuye al imputado y la actitud que éste adopte ante el órgano jurisdiccional.

Por lo cual, de una interpretación taxativa a la presente fracción se advierte que al contener la conjunción copulativa “y” se debe entender que el órgano jurisdiccional tomará en cuenta el máximo de la pena que pueda llegar a imponerse y la actitud contumaz del imputado frente al órgano jurisdiccional, más no de manera aislada o alternativa, ya que, de lo contrario, vulneraría el principio de presunción de inocencia.

Sobre este punto, la jurisprudencia de rubro *PRISIÓN PREVENTIVA. LA PENA MÁXIMA COMO ÚNICA RAZÓN PARA JUSTIFICAR SU IMPOSICIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR, VULNERA EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN SU VERTIENTE DE REGLA DE TRATO PROCESAL, CONTENIDO EN LOS ARTÍCULOS 20, APARTADO B, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 7 Y 8 DE*

LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS²⁵ ha determinado que para la procedencia de la prisión preventiva, la penalidad del delito que se le atribuye al imputado no debe analizarse de manera aislada, las autoridades deberán realizar un estudio a los supuestos establecidos en el artículo 168 del Código Procesal Nacional, ya que de lo contrario, se impondría esta medida cautelar como pena anticipada.

Así pues, respecto a las fracciones III, IV y V, del presente numeral, estas a la letra señalan:

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.

Como se advierte de los presentes supuestos, el órgano jurisdiccional determinará que existe peligro de sustraerse de la acción de la justicia cuando verifique que la conducta del imputado es contumaz, es decir, cuando no exista voluntad de someterse a la persecución penal, no haya cumplido con alguna medida cautelar previamente impuesta o bien, no haya acudido a alguna citación por parte del Ministerio Público o el órgano jurisdiccional a fin de realizar actos procesales.

iii) Asegurar los medios de prueba: esta finalidad accesoria tiene por objeto evitar que el imputado obstaculice el proceso penal con la destrucción, modificación u ocultamiento de elementos probatorios, la intimidación de la víctima u ofendido, testigos, peritos y la sociedad en general.

²⁵ Tesis: VI.2o.P. J/2 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo III, noviembre de 2018, p. 2077.

Sobre este punto, el artículo 169 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que el órgano jurisdiccional determinará un posible riesgo de obstaculización del proceso cuando a través de elementos aportados por el Ministerio Público el imputado al recuperar su libertad personal pueda destruir, modificar, ocultar o falsificar los elementos probatorios que obran en su contra, incluyendo a los coimputados, testigos o peritos o bien, intimide, amenace u obstaculice a los servidores públicos que actúan en la investigación.

iv) Favorecer la investigación: como se ha señalado anteriormente, otra de las finalidades accesorias de las medidas cautelares consiste en asegurar que los datos de prueba obtenidos por el Ministerio Público o la víctima u ofendido en la etapa de investigación no sean destruidos, modificados, ocultados o falsificados por el imputado.

v) Asegurar el pago de la reparación del daño, así como las multas dictadas como sanción pecuniaria: dicha finalidad va dirigida principalmente a las medidas cautelares de carácter real que tienen por objeto asegurar el pago de la reparación del daño como cuestión de la pena que se pudiera imponer, por las que éstas restringirán directamente el patrimonio del imputado.

vi) Protección de la víctima u ofendido, testigos, peritos y la sociedad en general. Las medidas cautelares tendrán por finalidad accesoria proteger la integridad personal de los intervinientes en el proceso penal, así como a la sociedad en general cuando el Juez de Control advierta un peligro de daño hacia estos por parte del imputado.

En este sentido, el artículo 170 del código penal adjetivo a la letra señala:

Artículo 170. Riesgo para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad

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.

De acuerdo con el presente numeral, el órgano jurisdiccional determinará la existencia de un peligro de daño a partir de una valoración a las circunstancias del hecho cometido, así como las condiciones particulares de los intervinientes en el proceso penal.

En este sentido, se dice que la protección a la vida y la integridad personal de la víctima u ofendido se garantizará de conformidad con los principios de protección, necesidad, proporcionalidad, confidencialidad, oportunidad y eficacia, señalándose lo siguiente:

I. Principio de protección: Considera primordial la protección de la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de las personas;

II. Principio de necesidad y proporcionalidad: Las medidas de protección deben responder al nivel de riesgo o peligro en que se encuentre la persona destinataria. Deben ser aplicadas en cuanto sean necesarias para garantizar su seguridad o reducir los riesgos existentes;

III. Principio de confidencialidad: Toda la información y actividad administrativa o jurisdiccional relacionada con el ámbito de protección de las personas, debe ser reservada para los fines de la investigación o del proceso respectivo, y

IV. Principio de oportunidad y eficacia: Las medidas deben ser oportunas, específicas, adecuadas y eficientes para la protección de la víctima. Además serán otorgadas e implementadas a partir del momento y durante el tiempo que garanticen su objetivo.²⁶

2.2. Peligro de frustración y peligrosidad procesal del imputado

De las finalidades principales y accesorias de las medidas cautelares que se han estudiado previamente se advierten dos figuras importantes las cuales la

²⁶ Pérez Daza, Alfonso, *Código Nacional de Procedimientos Penales. Teoría y práctica del proceso penal acusatorio*, 2º Ed., México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 437-438.

doctrina española ha denominado como peligro de frustración y peligrosidad procesal del imputado.

De acuerdo con la autora del cual se basará el presente análisis el fundamento de las medidas cautelares en materia penal se compone de dos elementos fundamentales: i) lo que debe protegerse en el proceso con la medida cautelar denominado riesgo de frustración procesal y ii) de quién debe protegerse el proceso penal, llamado peligrosidad procesal del imputado²⁷.

Avanzando el presente razonamiento, el riesgo de frustración procesal es definido como *aquél cuya materialización imposibilita la válida prosecución del proceso y la realización de su fin esencial*.²⁸

Con base a lo anterior, el peligro de frustración procesal se actualiza con la realización de actos tendientes a impedir la continuación del proceso, así como la imposibilidad de cumplir con sus fines, por lo que, si el imputado materializa estos actos, será procedente el dictado de alguna medida cautelar.

Así, el Juez deberá analizar las peculiaridades del caso para determinar si existe la probabilidad de que se actualicen durante la prosecución del proceso lo siguiente: i) la ausencia del imputado en el proceso, ii) la posibilidad de que se destruyan, modifiquen u oculten los elementos probatorios, iii) la insolvencia económica del imputado para cumplir con la pena pecuniaria que se le pudiera imponer con la sentencia condenatoria.

Por lo tanto, al advertirse alguna de estas circunstancias de riesgo procesal, el Juez deberá otorgar las medidas cautelares que resulten idóneas y proporcionales a los fines del proceso penal, allegándose de elementos probatorios de carácter objetivo y no apreciaciones meramente subjetivas.

²⁷ Pujadas Tortosa, Virginia, *op. cit.*, p. 57.

²⁸ *Ibidem*, p. 60.

En este orden de ideas, la peligrosidad procesal del imputado es definido de la siguiente forma:

*aquella aptitud y actitud del sujeto pasivo para materializar un riesgo de frustración, mediante el acceso y alteración de los elementos esenciales de la resolución penal.*²⁹

De acuerdo con esta opinión, existen dos componentes para la existencia de peligrosidad procesal: i) la aptitud o capacidad del imputado para disponer de medios para alterar el objeto que protege la medida cautelar otorgada por el órgano jurisdiccional y, ii) la actitud o la intención de materializar la obstaculización del proceso (ánimo).

En este entendido, este elemento fundamental constituye el aspecto subjetivo de las medidas cautelares, ya que el órgano jurisdiccional deberá analizar el aspecto anímico del imputado, por lo que, en aras de la protección de los derechos fundamentales del imputado, este aspecto deberá analizarse con elementos probatorios suficientes y objetivos.

Asimismo, se dice lo siguiente:

*la catalogué como el elemento subjetivo del fundamento cautelar, por dos motivos: porque se refiere al sujeto pasivo de dicha tutela y porque para apreciarlo ha de realizarse un juicio o valoración marcadamente subjetivo [...] de admitirse que el estado peligroso incluye cierta disposición anímica del individuo, de este presupuesto implica realizar una inferencia de carácter íntimo (aunque como se precisará, basada en elementos objetivos).*³⁰

En suma, esta teoría sostiene que para determinar la existencia de un riesgo de frustración procesal el órgano jurisdiccional deberá contar con medios probatorios suficientes, los cuales deberán ser apreciados a través de la sana crítica

²⁹ *Ibidem*, p. 118.

³⁰ *Ibidem*, p. 117.

y las máximas de la experiencia para determinar si de manera real, el imputado puede poner en peligro la prosecución y los fines del proceso.³¹

Finalmente, es dable señalar que, de acuerdo con la autora, se determina que el peligro de frustración procesal y peligrosidad del imputado deben ser reconocidos como equivalentes al presupuesto procesal denominado *periculum in mora*, ya que con ello se justificaría de forma más específica las finalidades de las medidas cautelares dentro del proceso penal.

2.3. Tipos de medidas cautelares de acuerdo al Código Nacional de Procedimientos Penales

Las medidas cautelares se dividen de conformidad con el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales en personales y reales, las cuales podrán imponerse como actos de molestia contra el imputado a solicitud del Ministerio Público, así como de la víctima u ofendido.

2.3.1. Medidas cautelares reales

Las medidas cautelares de carácter real de acuerdo a la doctrina tienen como efecto lo siguiente:

“limitar la libre disposición de un patrimonio, con la finalidad de asegurar las responsabilidades pecuniarias de cualquier clase que puedan declararse en un procedimiento penal; además garantizan la viabilidad o efectividad de la condena pecuniaria; por consiguiente, se limita la libre administración o disposición de los bienes relacionados como medida cautelar del proceso.”³²

En este mismo sentido, se dice que:

³¹ *Ibidem*, p. 131.

³² Polanco Braga, Elías, “*Procedimiento Penal Nacional...*”, *cit.*, p. 258.

*las medidas cautelares de carácter real van encaminadas a garantizar sanciones penales económicas, tales como la reparación del daño y la multa, así como garantizar en correcto desarrollo procesal y la pena del decomiso.*³³

Por lo cual se advierte que las medidas cautelares de carácter real tienen por objeto garantizar el pago de la reparación del daño a la víctima u ofendido, así como las multas que se impongan en la sentencia condenatoria, por lo cual, el Juez de Control al momento de imponerlas, afectará de manera provisoria el patrimonio del imputado.

Así, de conformidad con el artículo 155, fracciones III y IV del código penal adjetivo, son medidas cautelares reales las siguientes:

Artículo 155. Tipos de medidas cautelares

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

[...]

III. *El embargo de bienes;*

IV. *La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;*

[...]

Como se observa del presente numeral, son medidas cautelares de carácter real el embargo de bienes y la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero, las cuales impondrá el órgano jurisdiccional a fin de garantizar el eventual pago a la reparación del daño, las multas derivadas de la pena, así como para garantizar la continuación del proceso penal.

De acuerdo con la doctrina, otra de las finalidades que se advierten de las medidas cautelares reales es evitar el riesgo de fuga del imputado ya que a través del embargo de sus bienes o bien la inmovilización de sus cuentas bancarias se

³³ Dagdug Kalife, Alfredo, *Las medidas cautelares personales y reales*, en Gómez Colomer, Juan Luis (comp.), *Manual de Derecho Procesal Penal Mexicano*, México, Tirant lo Blanch, 2020, p. 479.

garantizará su comparecencia para la continuación del proceso penal con la finalidad de conservar su patrimonio.³⁴

En este sentido, no se debe pasar desapercibido el contenido del artículo 138 del mismo ordenamiento, el cual a la letra señala:

Artículo 138. Providencias precautorias para la restitución de derechos de la víctima

Para garantizar la reparación del daño, la víctima, el ofendido o el Ministerio Público, podrán solicitar al juez las siguientes providencias precautorias:

I. El embargo de bienes, y

II. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero.

El juez decretará las providencias precautorias, siempre y cuando, de los datos de prueba expuestos por el Ministerio Público y la víctima u ofendido, se desprenda la posible reparación del daño y la probabilidad de que el imputado será responsable de repararlo.

Decretada la providencia precautoria, podrá revisarse, modificarse, sustituirse o cancelarse a petición del imputado o de terceros interesados, debiéndose escuchar a la víctima u ofendido y al Ministerio Público.

Las providencias precautorias serán canceladas si el imputado garantiza o paga la reparación del daño; si fueron decretadas antes de la audiencia inicial y el Ministerio Público no las promueve, o no solicita orden de aprehensión en el término que señala este Código; si se declara fundada la solicitud de cancelación de embargo planteada por la persona en contra de la cual se decretó o de un tercero, o si se dicta sentencia absolutoria, se decreta el sobreseimiento o se absuelve de la reparación del daño.

La providencia precautoria se hará efectiva a favor de la víctima u ofendido cuando la sentencia que condene a reparar el daño cause ejecutoria. El embargo se registrará en lo conducente por las reglas generales del embargo previstas en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

En términos del presente numeral, el embargo precautorio y la inmovilización de cuentas bancarias como providencias precautorias tienen por finalidad garantizar el pago de la reparación del daño, las cuales serán dictadas dentro de la etapa de investigación inicial por el Juez de Control a solicitud del Ministerio Público, así como de la víctima u ofendido. En este sentido, la diferencia con las medidas cautelares

³⁴ Cfr. Valadez Díaz, Manuel, *Medidas Cautelares*, México, Editorial Flores, 2019, p. 137.

es que éstas tendrán una temporalidad máxima de noventa días naturales, las cuales no podrán ser prorrogables.

Por lo tanto, la diferencia que se advierte con las medidas cautelares reales son: i) la etapa procesal en que son emitidas por el órgano jurisdiccional, las cuales serán dictadas durante la etapa de investigación inicial, ii) las finalidades que cumplen en el procedimiento penal, el cual es garantizar que la víctima pueda hacer exigible su derecho a la reparación del daño y iii) la vigencia, las cuales deberán tener una duración máxima de 90 días naturales. Sobre este punto se indica:

*al contar las providencias precautorias con una duración máxima de hasta 90 días naturales, queda claro que en la mayoría de los casos su vigencia no sería aceptable entenderla prorrogada hasta el cumplimiento de la sentencia que cause ejecutoria, de tal guisa que se estima que el manejo adecuado de las providencias precautorias debe ser extra procesal, pues en caso de iniciarse el proceso, **éstas deberán transitar a medidas cautelares.**³⁵ (énfasis añadido).*

2.3.2 Medidas cautelares personales

Respecto al objeto de las medidas cautelares de carácter personal, se dice lo siguiente:

aseguran la presencia de la persona en el proceso; para ello, se constriñe el derecho a la libertad ambulatoria de la persona y se ejerce vigilancia mediante las medidas que determina la normativa³⁶.

En este entendido, se advierte que las medidas cautelares personales en el sistema penal acusatorio son aquellas dictadas por el Juez de Control con el objeto de asegurar de manera provisoria la presencia física del imputado al proceso, por lo que

³⁵ Valadez Díaz, Manuel, “Medidas Cautelares”, *cit.*, p. 114.

³⁶ Salazar Quiñónez, Ariadna, *Medidas Cautelares en Materia Penal. Retos y perspectivas*, México, INACIPE, 2021, p. 36.

estas afectan de manera directa la libertad personal hasta en tanto se determine su responsabilidad penal a través de una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Así, las medidas cautelares personales contenidas en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales son:

Artículo 155. Tipos de medidas cautelares

A solicitud 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;

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 a 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.

Ahora bien, respecto a la obligación del imputado de presentarse de forma periódica ante el Juez o autoridad distinta que aquél designe, constituye una medida cautelar menos restrictiva a la libertad personal ya que se impone como obligación de que el imputado acuda periódicamente y de manera presencial ante el órgano jurisdiccional o autoridad distinta a fin de constatar que no evadirá la acción de la justicia y, por tanto, no se ponga en peligro la prosecución del proceso.

Una segunda medida cautelar personal consiste en la exhibición de una garantía económica la cual será impuesta por el Juez de Control para garantizar la

comparecencia del imputado en el proceso a través de depósito en efectivo, fianza, hipoteca, prenda, fideicomiso o alguna que se determine suficiente.

En este sentido, esta medida económica se define por la doctrina de la siguiente manera:

*una medida cautelar personal decretada por el juez de control a solicitud del Ministerio Público, en la que determina el monto económico que considera suficiente para asegurar la presencia del imputado en el proceso y evitar riesgos en la investigación, a la víctima u ofendido, a los testigos o a la sociedad [...]*³⁷

Es importante destacar que para algunos autores esta medida cautelar es considerada como real, sin embargo, se difiere de ello ya que analizando el artículo 172 del presente ordenamiento se advierte que el Juez de Control para determinar la idoneidad de esta tutela cautelar deberá tomar en cuenta el peligro de sustracción de la justicia, el peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación, la protección de la víctima u ofendido, testigos o la sociedad en general (peligrosidad procesal del imputado y riesgo de frustración procesal), por lo cual se advierte que esta medida tiene como única finalidad el aseguramiento del imputado al proceso penal más no la reparación del daño.

No obstante, nuestros órganos de control constitucional han considerado a través de la tesis aislada de rubro *MEDIDA CAUTELAR DE EXHIBICIÓN DE GARANTÍA ECONÓMICA. CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE LA IMPONE PROCEDE EL RECURSO DE APELACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 467, FRACCIÓN V, DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, POR LO QUE EN OBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD, DEBE AGOTARSE PREVIO A LA PROMOCIÓN DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO*³⁸ que la garantía económica es una medida cautelar de carácter real, en virtud de que

³⁷ Polanco Braga, Elías, “*Procedimiento Penal Nacional...*”, cit., p. 256.

³⁸ Tesis II.3o.P.59 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo III, marzo de 2019, p. 2694.

únicamente afecta monetariamente el patrimonio del imputado para garantizar su presencia en el proceso penal, por lo que con su imposición no se restringe aún en forma indirecta su libertad personal, teniendo como consecuencia que contra dicha determinación resulte improcedente el juicio de amparo indirecto en términos del artículo 61, fracción XVIII de la Ley de Amparo, pues previo a su presentación deberá agotarse el principio de definitividad.

Por lo que hace a la fracción V, se considera que dicha medida cautelar pretende mantener el arraigo del imputado dentro del territorio nacional o en el ámbito territorial que determine el Juez durante la prosecución del proceso penal a fin de que no evada la acción de la justicia.

Respecto a las medidas cautelares establecidas en las fracciones VII, VIII, IX, XII y XIII del presente numeral, se afirma que estas tienen la finalidad de proteger a la víctima u ofendido así como a los sujetos que intervienen en el proceso penal y la sociedad en general a través de la prohibición de ir o acercarse a determinados lugares, comunicarse con determinadas personas, separarse de manera inmediata de su domicilio así como la colocación de localizadores electrónicos para conocer en todo momento la ubicación del imputado.

Respecto a la suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos o bien, la suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral, se decretarán con el objeto de no entorpecer la investigación, así como los datos de prueba que se desprendan de ella.

Finalmente, la prisión preventiva reconocida expresamente en el artículo 19, párrafo segundo de la Constitución Federal, es la medida cautelar más gravosa en contra de la libertad personal del gobernado, la cual tiene por finalidad sujetar al imputado al proceso restringiendo su libertad ambulatoria, cuyas peculiaridades y requisitos constitucionales se desarrollarán en el capítulo subsecuente.

2.4. La audiencia inicial y su desarrollo en el sistema penal acusatorio

En principio, se afirma que el Sistema Penal Acusatorio Mexicano está regulado a través de diversos principios rectores que deberán observarse en todo el procedimiento, los cuales se encuentran reconocidos en el artículo 20, primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 20. *El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.*

[...]

En términos del presente artículo se determina que, los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación son los ejes rectores del procedimiento penal que darán validez al mismo y que deberán cumplimentarse en todo momento, excepto los casos que establezca la ley.

En este sentido, el principio de publicidad procesal es un derecho que le asiste al imputado a ser juzgado en audiencia pública ante el órgano jurisdiccional, por lo cual, no sólo podrán asistir las partes procesales que intervienen en la misma, sino la sociedad y los medios de comunicación, con el fin de que el público conozca con plena transparencia el funcionamiento del sistema de impartición de justicia del Estado y la secuela procedimental del caso en concreto.

Sin embargo, este derecho podrá restringirse en los casos en que se afecte la integridad de las partes, la seguridad pública o nacional, se peligre algún secreto oficial, particular, comercial o industrial cuya revelación indebida sea punible; se afecte el interés superior del menor o bien, el órgano jurisdiccional así lo estime procedente, lo anterior en términos del numeral 64 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Por lo que hace al principio de contradicción, se afirma que un derecho que le asiste a las partes procesales para conocer y controvertir los elementos probatorios,

peticiones y argumentos que aleguen las partes intervinientes en las diversas secuelas del proceso, permitiendo así al órgano jurisdiccional imponerse y resolver de conformidad a dichos argumentos de hecho y de derecho.

Este principio es el pilar del sistema penal acusatorio, el cual se fundamenta en la igualdad procesal que les asiste a las partes para debatir de manera activa su teoría del caso a través de la metodología oral de las audiencias que rige el proceso penal.

Por lo tanto, bajo este principio, desde la etapa de investigación inicial el imputado tiene el derecho al acceso directo a todos los datos de prueba que obren en la carpeta de investigación, así como los ofrecidos por las partes para controvertirlos o bien, hacer las respectivas aclaraciones que estime pertinentes para su defensa.

Los principios de concentración y continuidad implican que los actos procesales deban desarrollarse sin interrupciones y mediante un mínimo de audiencias, de tal forma que no se prolongue el proceso por tiempo indefinido en perjuicio de los intereses de las partes.

Por lo que hace a la inmediación, este principio en el sistema penal acusatorio implica una garantía para las partes en el proceso, de asegura la presencia del juez en todas las audiencias.

Ahora bien, las 3 etapas que comprende el sistema penal acusatorio en México se encuentran expresamente establecidas en el artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual a la letra indica:

Artículo 211. Etapas del procedimiento penal

El procedimiento penal comprende las siguientes etapas:

I. La de investigación, que comprende las siguientes fases:

a) Investigación inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de control para que se le formule imputación, e
b) Investigación complementaria, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación;
II. La intermedia o de preparación del juicio, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y
III. La de juicio, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento.
[...]

Como se advierte del presente numeral, las etapas del procedimiento penal acusatorio constan de investigación en su fase inicial y complementaria, etapa intermedia y la de juicio.

Es importante subrayar que el diseño del sistema penal acusatorio es bajo una metodología de audiencias orales. En estas condiciones, cada etapa procesal será concluyente, pero guardará una interdependencia entre sí para alcanzar con ello el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.

Ahora bien, respecto a los derechos fundamentales que le asisten al imputado en todas las etapas del procedimiento, es dable señalar lo siguiente:

En principio, el artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Federal, establece lo siguiente:

Artículo 14.

[...]

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

De acuerdo al presente numeral, este derecho implica en primer término que todo gobernado tiene el derecho a comparecer ante una autoridad que afecte sus

derechos públicos subjetivos, como son la libertad, propiedad, posesiones o derechos, para hacer valer las defensas que a derecho convengan.

En este tenor, este principio implica que se deberá llevar a cabo las formalidades esenciales del procedimiento ya sea ante autoridad judicial o administrativa con el fin de que, al momento de ser emitido el acto privativo, no sea arbitrario, por lo que, el derecho de audiencia también debe ser aplicado en observancia al principio de legalidad.

Por lo tanto, de acuerdo con la doctrina, este derecho fundamental está constituido por diversos principios de seguridad jurídica, los cuales son: a) *la existencia de un juicio previo antes de emitirse el acto privativo*, b) *los tribunales previamente establecidos*, y c) *la observancia a las formalidades esenciales del procedimiento conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho*.³⁹

El primer elemento implica que, para que se emita el acto privativo, debe existir un juicio, es decir, un procedimiento jurisdiccional o administrativo ante una autoridad competente.

Los tribunales previamente establecidos a que se refiere este numeral constituye un derecho fundamental de igualdad que se encuentra reconocido en el artículo 13 de la Constitución Federal, el cual establece:

Artículo 13. *Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.*

³⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, p. 524-525.

De acuerdo con este derecho, ninguna persona podrá ser juzgada por autoridades creadas *ex profeso* (de propósito)⁴⁰ para resolver un asunto específico, por lo cual, deberán ser previamente constituidas para dirimir la litis de acuerdo a su competencia.

Por lo tanto, las formalidades esenciales del procedimiento consisten en los siguientes requisitos o prerrogativas de carácter procesal que deberán observarse en todo proceso: a) la notificación del inicio de un procedimiento a las partes, b) la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas, c) la oportunidad de alegar, y d) el dictado de una sentencia que dirima la litis en términos del artículo 17 Constitucional, lo anterior de conformidad con la jurisprudencia de rubro *FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.*⁴¹

Por lo cual, las formalidades esenciales del procedimiento otorgan al gobernado la oportunidad de tener una defensa adecuada previo al acto privativo que se genere en contra de sus bienes jurídicos tutelados.

Ahora bien, respecto a la presunción de inocencia, este derecho fundamental se encuentra reconocido en el artículo 20, apartado B, fracción I de la Constitución Federal, el cual establece:

Artículo 20.

[...]

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

⁴⁰ Elías Azar, Edgar, *op. cit.*, p. 110.

⁴¹ Tesis P./J. 47/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, p. 133.

Este precepto reconoce un derecho público subjetivo de gran importancia para el imputado dentro del procedimiento penal, advirtiéndose a su vez tres vertientes: como estándar de prueba o regla de juicio, regla probatoria y regla de trato procesal.

La presunción de inocencia como trato procesal implica que el imputado o acusado deberá ser considerado como inocente en tanto no se declare su responsabilidad penal a través de una sentencia condenatoria ejecutoriada, como regla probatoria implica que los elementos probatorios deberán ser obtenidos de conformidad con la ley y en observancia a los derechos fundamentales de las partes. Como estándar de prueba, los elementos probatorios de cargo aportados por el órgano acusador deberán ser suficientes para desvirtuar la hipótesis de inocencia del imputado o acusado.

Por lo tanto, esta última vertiente implica un conjunto de reglas y requisitos legales y constitucionales que deben tener los elementos probatorios de cargo para destruir el estatus de inocente que tiene toda persona sujeta a un procedimiento penal, lo anterior de conformidad con la jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro *PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA PROBATORIA*.⁴²

De esta manera, si las pruebas de cargo no son suficientes para desvirtuar la hipótesis de inocencia alegada por la defensa, existirá duda razonable y por ende, el órgano jurisdiccional deberá absolver al procesado.

A) Investigación inicial o preliminar

En el Procedimiento Penal Acusatorio, el Ministerio Público tiene la facultad de investigación y de persecución de los delitos, así como el monopolio de la acción

⁴² Tesis: 1a./J. 25/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, abril de 2014, p. 478.

penal (salvo los casos expresos que la ley determine a favor de los particulares), de conformidad con el artículo 21, párrafos primero y segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra señalan:

Artículo 21. *La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.*

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

De acuerdo con la doctrina, la etapa de investigación preliminar se identifica de la siguiente manera:

el conjunto de actos y técnicas de investigación realizadas por el Ministerio Público y la policía, a partir de que tengan conocimiento de la noticia criminal, encaminadas a la búsqueda de datos de prueba que puedan aportar información para el esclarecimiento de los hechos, con la debida objetividad, para determinar los elementos de descargo o de cargo que servirán de base para sustentar la acusación correspondiente o la conclusión de ella (sobreseimiento).⁴³

Dicho lo anterior, la etapa de investigación inicial dará inicio ante el Ministerio Público o la Policía con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente denominados requisitos de procedibilidad, los cuales están expresamente reconocidos en el artículo 221 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual a la letra señala:

Artículo 221. Formas de inicio

*La investigación de los hechos que revistan características de un delito podrá iniciarse por denuncia, por querrela o por su equivalente cuando la ley lo exija. El Ministerio Público y la Policía están obligados a proceder sin mayores requisitos a la investigación de los hechos de los que tengan noticia.
[...]*

En consecuencia, cuando el Ministerio Público o la Policía reciban la noticia criminal sobre la existencia de un hecho que la ley señala como delito, deberá reunir

⁴³ Polanco Braga, Elías, “Procedimiento Penal Nacional...”, cit., p. 300.

elementos probatorios a través de la práctica de diversas diligencias que sustentarán en caso de ser procedente, la abstención de investigar, archivo temporal, el ejercicio o no ejercicio de la acción penal o algún criterio de oportunidad.

En este sentido, se considera diligencia de la siguiente manera:

acto procedimental de ejecución, realizado por un órgano del Estado (Ministerio Público o juzgador), para el cumplimiento de lo ordenado por la ley en la investigación de los hechos ilícitos.⁴⁴

Por lo tanto, siguiendo la línea argumentativa del autor, en la etapa de investigación se podrán realizar diligencias generales, especiales y las que quedan al arbitrio del Ministerio Público.

Por consiguiente, cuando en la carpeta de investigación se desprendan datos que establezcan que el imputado ha cometido un hecho delictivo y exista la probabilidad de su comisión o participación, el Ministerio Público ejercerá acción penal ante el Juez de Control competente a efecto de formular imputación. Así, el ejercicio de la acción penal iniciará:

Artículo 211. Etapas del procedimiento penal

[...]

La investigación no se interrumpe ni se suspende durante el tiempo en que se lleve a cabo la audiencia inicial hasta su conclusión o durante la víspera de la ejecución de una orden de aprehensión. El ejercicio de la acción inicia con la solicitud de citatorio a audiencia inicial, puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial o cuando se solicita la orden de aprehensión o comparecencia, con lo cual el Ministerio Público no perderá la dirección de la investigación.

El proceso dará inicio con la audiencia inicial, y terminará con la sentencia firme.

Así pues, de acuerdo con el presente artículo, es la audiencia inicial la que dará inicio al proceso penal, culminando con la sentencia firme. Cuando el imputado

⁴⁴ *Ibidem*, p. 314.

no esté privado de su libertad y a efecto de poder celebrar la audiencia respectiva, el Juez de Control a solicitud del Ministerio Público ordenará como formas de conducción al proceso, el citatorio, orden de comparecencia u orden de aprehensión en términos del numeral 141 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual establece:

Artículo 141. Citatorio, orden de comparecencia y aprehensión

Cuando se haya presentado denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, el Ministerio Público anuncie que obran en la carpeta de investigación datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y exista la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o participado en su comisión, el Juez de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar:

I. Citatorio al imputado para la audiencia inicial;

II. Orden de comparecencia, a través de la fuerza pública, en contra del imputado que habiendo sido citado previamente a una audiencia no haya comparecido, sin justificación alguna, y

III. Orden de aprehensión en contra de una persona cuando el Ministerio Público advierta que existe la necesidad de cautela.

En la clasificación jurídica que realice el Ministerio Público se especificará el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, sin perjuicio de que con posterioridad proceda la reclasificación correspondiente.

[...]

De acuerdo con la doctrina, el citatorio como primera forma de conducción a proceso se define así:

tiene como razón de ser la necesidad de que el indiciado, que está en libertad, una vez que el Ministerio Público ejercita la acción penal en su contra, se presente voluntariamente ante el Juez de Control a fin de que aquél le pueda formular la imputación, recibiendo un trato inocente, lo que salvaguarda su derecho humano a la presunción de inocencia, en su vertiente de trato a la persona.⁴⁵

Así pues, el auto que ordena la citación para audiencia inicial al imputado es una comunicación no privativa de la libertad por parte del órgano jurisdiccional a fin

⁴⁵ Becerril González, José Antonio, *La orden de aprehensión en el Sistema Acusatorio*, México, Porrúa, 2018, p. 67.

de que se le formule imputación en su contra y que, en caso de no comparecer sin justificación alguna, se ordene su comparecencia mediante la fuerza pública.

Ahora bien, la orden judicial de comparecencia es definido como:

*un mecanismo subsidiario en contra del imputado que habiendo sido citado previamente a una audiencia no haya comparecido, sin justificación alguna.*⁴⁶

En este entendido, este acto de molestia subsidiario traerá aparejada el auxilio de la fuerza pública contra el imputado que, habiendo sido citado previamente a la audiencia inicial, no compareció sin justificación alguna ante el órgano jurisdiccional.

Por lo que hace a la orden de aprehensión como tercera forma de conducción a proceso, se afirma que es una resolución judicial que afecta la libertad personal del gobernado y tiene por finalidad sujetar al imputado ante el Juez de Control a efecto de llevar a cabo la audiencia inicial y resolver su situación jurídica respecto a su vinculación o no vinculación a proceso en términos del artículo 19 Constitucional.

En este sentido, los requisitos de la orden de captura se encuentran contemplados en el artículo 16, párrafo tercero constitucional, que establece:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

En este entendido, los requisitos de carácter *sine qua non* que deberá reunir el Ministerio Público para la solicitud de una orden de aprehensión son: 1) que exista denuncia o querrela, 2) que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad, 3) que de la investigación ministerial se desprendan datos los cuales establezcan la

⁴⁶ *Ibidem*, p. 69.

existencia del hecho delictivo y la probable comisión o participación del imputado,
4) cuando exista necesidad de cautela.

B) Investigación Complementaria

La etapa de investigación complementaria inicia desde la formulación de la imputación que realice el Ministerio Público en la audiencia inicial y concluye una vez cerrada la investigación correspondiente. En este entendido, el artículo 307, primer párrafo del Código Procesal señala:

Artículo 307. Audiencia inicial

En la audiencia inicial se informarán al imputado sus derechos constitucionales y legales, si no se le hubiese informado de los mismos con anterioridad, se realizará el control de legalidad de la detención si correspondiere, se formulará la imputación, se dará la oportunidad de declarar al imputado, se resolverá sobre las solicitudes de vinculación a proceso y medidas cautelares y se definirá el plazo para el cierre de la investigación.

[...]

Como se ha establecido, la audiencia inicial es la actuación ante el órgano jurisdiccional que abre el proceso penal, la cual, atendiendo a los principios de oralidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, el Ministerio Público comunica al inculpado que se desarrolla una investigación en su contra por un hecho que la ley señala como delito y que existen datos suficientes que estiman su probable comisión o participación.

Así, en esta audiencia tendrá verificativo el control de legalidad de la detención si fuese procedente, la formulación de la imputación, el derecho constitucional de declarar del inculpado, el debate de las medidas cautelares, la vinculación o no vinculación a proceso y el plazo para el cierre de la investigación.

Por lo cual, la audiencia inicial es conceptualizada como a continuación se indica:

*triple discurso imputativo en los momentos siguientes: a) Control de legalidad de la detención; b) Formulación de la imputación, y c) Vinculación a proceso.*⁴⁷

Por lo tanto, una vez que el imputado sea conducido ante el Juez de Control, deberá concurrir su defensa y el Ministerio Público como órgano acusador. La víctima u ofendido o su asesor jurídico podrán asistir, pero su inasistencia no es motivo para invalidar o diferir la audiencia.

2.4.1. Control de legalidad de la detención

Esta audiencia está contemplada en el primer y segundo párrafo del artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que establece:

Artículo 308. Control de legalidad de la detención

Inmediatamente después de que el imputado detenido en flagrancia o caso urgente sea puesto a disposición del Juez de control, se citará a la audiencia inicial en la que se realizará el control de la detención antes de que se proceda a la formulación de la imputación. El Juez le preguntará al detenido si cuenta con Defensor y en caso negativo, ordenará que se le nombre un Defensor público y le hará saber que tiene derecho a ofrecer datos de prueba, así como acceso a los registros.

El Ministerio Público deberá justificar las razones de la detención y el Juez de control procederá a calificarla, examinará el cumplimiento del plazo constitucional de retención y los requisitos de procedibilidad, ratificándola en caso de encontrarse ajustada a derecho o decretando la libertad en los términos previstos en este Código.

De acuerdo con el presente artículo, una vez que el imputado es detenido en flagrancia o caso urgente, el Ministerio Público deberá ponerlo a disposición del Juez de Control para la celebración de la audiencia inicial donde se realizará el control de la detención antes de que se le formule la imputación.

⁴⁷ Martínez-Bastida, Eduardo, *La audiencia inicial y el triple discurso imputativo*, en Nava Garcés, Alberto Enrique (comp.), *Temas Fundamentales del Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Porrúa, 2015, p. 162.

Previo al desarrollo de esta audiencia y con el objeto de garantizar el derecho fundamental a una defensa adecuada reconocida en el artículo 20, apartado B, fracción VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el órgano jurisdiccional preguntará al detenido si cuenta con un defensor que, en caso de no tener, nombrará a un defensor público.

Es importante subrayar que este derecho deberá garantizarse en todas las etapas procedimentales, desde que el gobernado adquiere la calidad de imputado y es puesto a disposición de la autoridad ministerial o jurisdiccional, hasta la conclusión de las instancias legales correspondientes.

En este entendido, el derecho a una defensa adecuada cuenta con un elemento formal y material. El primero implica que todo imputado deberá contar con un abogado, el cual debe recaer en una persona con cédula profesional de licenciado en Derecho. El elemento material deberá entenderse como la correcta actuación y asesoría del defensor en el procedimiento penal, que permita establecer su teoría del caso.

Ahora bien, una vez que el Ministerio Público haya realizado sus manifestaciones, el Juez de Control para ratificar como legal la detención o decretar la libertad del imputado, deberá verificar si se colman los supuestos establecidos en los artículos 146 y 150 del Código Nacional de Procedimientos Penales respecto a la flagrancia o caso urgente, examinará si se cumplió con el plazo de constitucional de 48 horas o su duplicidad respecto a la retención del inculcado, así como la existencia de denuncia o querrela como requisito de procedibilidad.

Cabe señalar que, será en ese momento cuando la defensa y el imputado se impongan del contenido de la carpeta de investigación ministerial a efecto de respetar el derecho de defensa, así como el principio de contradicción.

2.4.2. Formulación de la imputación

Esta segunda fase es definida por el artículo 309 del Código Nacional de Procedimientos Penales como la comunicación que el Ministerio Público efectúa al imputado, en presencia del Juez de Control, de que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más hechos que la ley señala como delito.

Sobre este punto se dice lo siguiente:

*la formulación de la imputación no sólo es un acto procesal de comunicación de cargos, sino el escenario propicio para el respeto al derecho fundamental del imputado, para conocer de que se le acusa, el tiempo, modo, lugar y circunstancia en que el hecho haya ocurrido, la conducta que se le atribuye en su realización, así como la clasificación jurídico penal que se ha designado a tal fenómeno.*⁴⁸

De lo anterior se advierte que la formulación de la imputación tiene como razón subyacente el derecho fundamental que le asiste al imputado reconocido en el artículo 20, apartado B, fracción III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consistente en ser informado de manera clara, detallada y sin formalismos los hechos que se le atribuyen por parte del Ministerio Público, para que, en consecuencia, pueda ejercer su derecho de defensa.

En este sentido, la doctrina considera que este acto procesal debe ser considerado de gran relevancia en el procedimiento penal, señalando:

*es mucho más que una comunicación del M.P. al imputado, [...] esencialmente es un acto de atribución de delito, con el que la autoridad investigadora y persecutoria también establece su posición ante la autoridad jurisdiccional, justifica los actos procedimentales previos y aporta la base para el procesamiento de un sujeto.*⁴⁹

⁴⁸ Valadez Díaz, Manuel, *La formulación de Imputación*, México, Editorial Flores, 2020, p. 53-54.

⁴⁹ García Ramírez, Sergio, *El Procedimiento Penal. Constitución y Código Nacional*, México, Porrúa, 2018, p. 386-387.

En estos términos, se afirma que la formulación de la imputación es el primer acto procesal que realiza el Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional como órgano acusador, en el cual, comunica al imputado que existe una investigación en su contra sobre uno o más hechos que la ley señala como delito.

Así pues, los elementos que deberá contener la formulación de la imputación se encuentran establecidos en el artículo 311 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual a la letra reza:

Artículo 311. Procedimiento para formular la imputación

Una vez que el imputado esté presente en la audiencia inicial, por haberse ordenado su comparecencia, por haberse ejecutado en su contra una orden de aprehensión o ratificado de legal la detención y después de haber verificado el Juez de control que el imputado conoce sus derechos fundamentales dentro del procedimiento penal o, en su caso, después de habérselos dado a conocer, se ofrecerá la palabra al agente del Ministerio Público para que éste exponga al imputado el hecho que se le atribuye, la calificación jurídica preliminar, la fecha, lugar y modo de su comisión, la forma de intervención que haya tenido en el mismo, así como el nombre de su acusador, salvo que, a consideración del Juez de control sea necesario reservar su identidad en los supuestos autorizados por la Constitución y por la ley.

El Juez de control a petición del imputado o de su Defensor, podrá solicitar las aclaraciones o precisiones que considere necesarias respecto a la imputación formulada por el Ministerio Público.

Del presente numeral se advierte que la formulación de la imputación contendrá el hecho que se le atribuye al imputado, la calificación jurídica preliminar, la fecha, lugar y modo en su comisión, la forma de intervención y el nombre de quien lo acusa, salvo que sea necesario reservar la identidad.

Sobre este punto es importante destacar que es el artículo 141 del Código Procesal el que establece los parámetros que deberá contener la clasificación jurídica formulada por el Ministerio Público.

Así pues, se dice:

*En virtud de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 141 del CNPP, el Ministerio Público, deberá llevar a cabo la clasificación jurídica correspondiente. La clasificación jurídica, es una figura jurídica que gira alrededor de cada etapa del proceso, conforme al estándar de prueba correspondiente.*⁵⁰

En estas condiciones, de acuerdo con el presente autor, el título de imputación contendrá los siguientes elementos: a) el tipo penal que se atribuye, b) el grado de ejecución del hecho típico, c) la forma de intervención, d) la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, y de ser el caso, e) la clase de concurso aplicable.

Bajo este orden de ideas, la argumentación del Ministerio Público en la formulación de la imputación se deberá tomar en cuenta lo siguiente: *a) la mecánica de los hechos narrada de manera cronológica, b) listado de datos de prueba que sustentan la imputación, c) clasificación jurídica del hecho.*⁵¹

Una vez formulada la imputación con los requisitos previamente señalados, el órgano jurisdiccional garantizará el derecho que le asiste al imputado a declarar o a guardar silencio, lo anterior de conformidad con el artículo 20, apartado B, fracción II de la Constitución Federal.

Por lo cual, una vez que el imputado haya emitido su declaración o se haya reservado, el Ministerio Público solicitará al órgano jurisdiccional se inicie el debate de las medidas cautelares para posteriormente, solicitar la vinculación a proceso.

2.4.3. Debate de medidas cautelares

⁵⁰ Quintino Zepeda, Rubén, *Teoría del Delito Actualizada Conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Editorial Arquinza, 2021, p. 73.

⁵¹ Quintino Zepeda, Rubén *et al.*, *40 Reglas para que el Ministerio Público determine la clasificación jurídica de un hecho*, México, HÉBO Editorial, 2022, p. 51.

Como se ha señalado en el desarrollo del presente trabajo, las medidas cautelares dictadas en el proceso penal acusatorio además de ser instrumentales y provisorias, tiene la naturaleza jurídica de ser de carácter asegurativo y de garantía de seguridad.

En este entendido, atendiendo a su naturaleza jurídica, una vez ejercido el derecho del imputado a declarar o a guardar silencio, el Juez de Control verificará si se cumple con los presupuestos de procedencia establecidos en el numeral 154 del código penal adjetivo, que a la letra reza:

Artículo 154. Procedencia de medidas cautelares

El Juez podrá imponer medidas cautelares a petición del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, en los casos previstos por este Código, cuando ocurran las circunstancias siguientes:

I. Formulada la imputación, el propio imputado se acoja al término constitucional, ya sea éste de una duración de setenta y dos horas o de ciento cuarenta y cuatro, según sea el caso, o

II. Se haya vinculado a proceso al imputado.

En caso de que el Ministerio Público, la víctima, el asesor jurídico, u ofendido, solicite una medida cautelar durante el plazo constitucional, dicha cuestión deberá resolverse inmediatamente después de formulada la imputación. Para tal efecto, las partes podrán ofrecer aquellos medios de prueba pertinentes para analizar la procedencia de la medida solicitada, siempre y cuando la misma sea susceptible de ser desahogada en las siguientes veinticuatro horas.

Por ende, una vez formulada la imputación o dictado el auto de vinculación a proceso, las partes debatirán lo conducente a la imposición de las medidas cautelares en contra del imputado de conformidad con los numerales 157 y 158 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

En estos términos, el órgano jurisdiccional deberá tomar en consideración los argumentos que las partes proporcionen de manera oral en la audiencia respectiva, aplicando de forma escalonada y a favor del inculpado los subprincipios de idoneidad, intervención mínima y proporcionalidad *strictu sensu* a través del análisis de valuación de riesgos procesales realizado por el personal adscrito al área de

evaluación de la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso.

Así pues, de conformidad con el artículo 97 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, el análisis de riesgos procesales se llevará de la siguiente manera:

1. El funcionario adscrito a la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso realizará entrevista al imputado detenido o en libertad antes de que tenga verificativo la audiencia inicial o de revisión de medidas cautelares.

2. En dicha entrevista, el imputado podrá ser asistido por su defensor en aras de la protección de sus derechos fundamentales, por lo cual, la información que derive de esta no podrá ser usado para demostrar su responsabilidad penal en juicio.

3. En estas condiciones, para el análisis de valuación de riesgo se tomará en cuenta: el historial personal del imputado, sus lazos con la comunidad, sus relaciones familiares, amistades, empleo, lugar de residencia, estudios académicos, antecedentes penales u aquella otra información que resulte relevante para el presente estudio.

4. Por consiguiente, esta autoridad verificará la información proporcionada por el imputado y podrá recabar diversa que sustente sus resultados, a efecto de que, al inicio de la audiencia, dicho reporte de valuación de riesgos procesales sea entregada a las partes para su debate ante el órgano jurisdiccional.

De acuerdo con lo anterior, es dable afirmar que el reporte de valuación de riesgos procesales debe ser incorporado como un medio de prueba en la audiencia de debate de medidas cautelares, así como aquellos que ofrezca la defensa para

desvanecer la necesidad de cautela señalada por el Ministerio Público, los cuales deberán ser desahogados en su totalidad de conformidad con las reglas establecidas en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

En definitiva, el órgano jurisdiccional sólo deberá resolver sobre la imposición de una medida cautelar con base en el debate respectivo de las partes, así como de los medios probatorios desahogados en esta fase procesal, a fin de que se determine la comprobación de la necesidad de cautela y la proporcionalidad de la medida, lo anterior, de conformidad con el criterio sustentando por nuestros órganos de control constitucional bajo el rubro *MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PREVENTIVA. EN EL AMPARO INDIRECTO INTERPUESTO EN SU CONTRA, EL JUEZ DE DISTRITO, AL VERIFICAR EL ANÁLISIS FORMULADO POR EL JUEZ DE CONTROL, NO DEBE REVISAR LAS CONSTANCIAS QUE INTEGRAN LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN, SINO RESOLVER CON BASE EN LAS CUESTIONES DEBATIDAS EN LA AUDIENCIA EN QUE SE DETERMINÓ SU IMPOSICIÓN.*⁵²

De igual forma se dice lo siguiente:

*En este sentido, el análisis relativo debe girar en torno a dos ejes, que preferentemente serán desahogados en diversos contradictorios, a saber: 1) que se compruebe la necesidad de cautela; y acreditado lo anterior, 2) analizar la proporcionalidad e idoneidad de la medida [...] en relación con la necesidad de cautela, el debate debe estar encaminado a establecer la existencia de peligro procesal susceptible de poner en riesgo concreto y real alguna de las finalidades indicadas; en tanto, el examen de proporcionalidad e idoneidad conlleva verificar que la medida cautelar sea la menos lesiva para los derechos fundamentales del sujeto destinatario.*⁵³

De acuerdo con el autor, esta audiencia tendrá como objeto acreditar la necesidad de cautela a través de la existencia de un peligro procesal así como el

⁵² Tesis VI.2o.P.42 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo IV, marzo de 2018, p. 3419.

⁵³ Mendieta Valdés, Epigmenio, *Estándar probatorio en la audiencia de revisión de medidas cautelares*, México, HÉBO Editorial, 2022, p. 19-20.

estudio de la proporcionalidad y la idoneidad de la medida cautelar solicitada por las partes a través del principio de contradicción, a fin de que el órgano jurisdiccional una vez escuchado a las partes y valorado su acervo probatorio, determine la imposición de aquella medida que resulte menos lesiva a los derechos fundamentales del imputado.

De conformidad con el artículo 154, último párrafo del Código Nacional de Procedimientos Penales, el Ministerio Público, la víctima u ofendido, así como su asesor jurídico podrán solicitar alguna medida cautelar durante el término constitucional, la cual deberá resolverse una vez formulada la imputación. Así, los medios de prueba que deban ofrecer las partes para el debate respectivo deberán ser susceptibles de desahogarse en las siguientes 24 horas.

Por lo tanto, aquella medida cautelar que se decrete en el término constitucional, tendrá una temporalidad determinada, es decir, durará hasta en tanto sea dictado el auto de vinculación a proceso, por lo que, una vez emitida esta resolución, sus efectos cesarán.

En este entendido, una vez dictado el auto de vinculación a proceso, las partes podrán solicitar al Juez de Control la imposición de una medida cautelar, la cual subsistirá hasta en tanto sea emitida la sentencia definitiva o bien, tratándose de la prisión preventiva, fenezca el plazo máximo de 2 años establecido en el artículo 20, apartado B, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado.

2.4.4. Vinculación a proceso.

Para la doctrina, el auto de vinculación a proceso es definido de la siguiente manera:

una decisión judicial que se encuentra totalmente desligada del debate sobre las medidas cautelares que se puedan llegar a imponer a un imputado, lo que la distingue claramente del auto de formal prisión (formalmente preso) o del auto de sujeción a proceso (sujeto en razón del auto a un procedimiento penal), pues el debate en relación con que exista un hecho que la ley señala como delito y la probable intervención del imputado en su comisión, no está ligado a la imposición de una determinada medida cautelar, entre ellas la más gravosa como es la prisión preventiva.⁵⁴

En este mismo sentido, se dice:

el auto de vinculación a proceso es la resolución oral pronunciada por el juzgador dentro del plazo constitucional (setenta y dos o ciento cuarenta y cuatro horas, si fue ampliado) a petición del Ministerio Público en audiencia específica, después de realizada la imputación por el Ministerio Público y de haber o no declarado el imputado, habiendo escuchado a los intervinientes en sus argumentaciones y contrargumentaciones, siempre que constate que con los datos de prueba aportados se establezca que se cometió un hecho que la ley señala como delito, además de que existe la probabilidad que el imputado lo cometió o participó en él.⁵⁵

Ahora bien, esta figura tiene su fundamento en el artículo 19, párrafos primero, cuarto y quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra reza:

Artículo 19. *Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.*

El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del

⁵⁴ Valadez Díaz, Manuel, *El auto de vinculación a proceso*, México, Editorial Flores, 2021, p. 7.

⁵⁵ Polanco Braga, Elías, “*Procedimiento Penal Nacional...*”, *cit.*, p. 406.

juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

En este entendido, se considera que el auto de vinculación a proceso es una resolución judicial dictada en la etapa de investigación complementaria, en ella se establecerán los hechos delictivos por los cuales versará el proceso penal para su continuación.

De conformidad con el numeral 313 del Código Nacional de Procedimientos Penales, una vez que el imputado haya declarado o se haya reservado este derecho constitucional, el Ministerio Público tomará el uso de la voz para discutir sobre las medidas cautelares y posteriormente, solicitar la vinculación a proceso.

Asimismo, este numeral establece la obligación del Juez de Control de informar al imputado los momentos en los cuales podrá resolverse lo conducente a la vinculación o no vinculación a proceso solicitada por el Ministerio Público, como lo es la misma audiencia, dentro del plazo constitucional de las 72 horas o bien, a solicitud de la ampliación de dicho plazo, es decir, dentro de las 144 horas.

Por consiguiente, en el caso de que el imputado renuncie al plazo constitucional de las 72 horas o su duplicidad, el Ministerio Público deberá solicitar y motivar en la presente audiencia, la vinculación a proceso del imputado a través de datos de prueba que justifiquen la existencia de un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Llegados a este estadio, después de las manifestaciones del Ministerio Público, la defensa tendrá la oportunidad de contestar dicha solicitud, que de considerarse necesario, se permitirá por las partes la réplica y contrarréplica, para

que una vez concluido el debate, el órgano jurisdiccional esté en posibilidad de resolver la situación jurídica del imputado.

No obstante, si el imputado manifiesta acogerse al plazo de las 72 horas o solicitar su ampliación, el Juez de Control deberá señalar hora para la celebración de la audiencia de vinculación a proceso, la cual deberá tener verificativo dentro de las 72 ó 144 horas siguientes a que el imputado fue puesto a disposición o bien, compareció en libertad para la formulación de la imputación.

Ahora bien, de conformidad con los derechos reconocidos en el artículo 20, apartado B, fracciones IV y VI de la Constitución Federal, el imputado y su defensa durante el plazo constitucional o su ampliación, podrán presentar datos de prueba que consideren necesarios, y en el caso de delitos que ameriten prisión preventiva oficiosa u otra que afecte la libertad personal, se podrá admitir el desahogo de medios de prueba, de conformidad con las reglas para su desahogo establecidas en el Código Procesal.

Así, la audiencia dará inicio con la presentación de los datos o el desahogo de los medios de prueba de las partes procesales según el caso. Acto seguido, se dará el uso de la voz al Ministerio Público, asesor jurídico de la víctima y posteriormente al imputado, para realizar las manifestaciones conducentes.

Por lo tanto, una vez agotado el debate, el órgano jurisdiccional resolverá sobre la vinculación o no vinculación a proceso. En casos de extrema complejidad, el Juez de Control podrá decretar un receso no máximo de dos horas para la determinación de su resolución.

En suma, como requisitos para el dictado del auto de vinculación a proceso, el órgano jurisdiccional deberá verificar que se haya formulado imputación, que se le haya otorgado el derecho constitucional del imputado a declarar, que de los antecedentes de investigación expuestos ante el órgano jurisdiccional, el Ministerio

Público establezca que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión y que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.

En este sentido, el auto de vinculación a proceso deberá ser dictado por el hecho o los hechos que fueron motivo de la formulación de la imputación, afirmándose que esta resolución fijará la litis del proceso penal, sin embargo, el órgano jurisdiccional podrá reclasificar el delito al diverso señalado por el Ministerio Público si de los datos de prueba proporcionados se considera procedente, aún si eso no resulta favorable para el imputado.

Asimismo, los requisitos formales que deberá contener el auto de vinculación a proceso se establecen en el artículo 317 del mismo ordenamiento, que dice:

Artículo 317. Contenido del auto de vinculación a proceso

El auto de vinculación a proceso deberá contener:

- I. Los datos personales del imputado;*
- II. Los fundamentos y motivos por los cuales se estiman satisfechos los requisitos mencionados en el artículo anterior, y*
- III. El lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del hecho que se imputa.*

Además, existen 4 efectos que producirá el auto de vinculación a proceso, los cuales están contemplados en el artículo 318 del Código Procesal, que señala:

Artículo 318. Efectos del auto de vinculación a proceso

El auto de vinculación a proceso establecerá el hecho o los hechos delictivos sobre los que se continuará el proceso o se determinarán las formas anticipadas de terminación del proceso, la apertura a juicio o el sobreseimiento.

De acuerdo con el presente numeral, el primer efecto será fijar el hecho o los hechos sobre los cuales continuará la sustanciación del proceso penal, lo cual guarda estrecha concordancia con el numeral 19 de la Constitución Federal. Asimismo, fijará los hechos delictivos por los que se podrá determinar alguna forma

de terminación anticipada del proceso y, fijará los hechos para la apertura a juicio oral, así como el sobreseimiento del proceso, este último en términos del numeral 327 del código penal adjetivo.

Es importante puntualizar que, en contra de esta resolución, el imputado podrá interponer por escrito y dentro de los tres días siguientes contados a partir de que surta efectos la notificación respectiva, el recurso de apelación, lo anterior de conformidad con los artículos 467, fracción VII y 471, primer párrafo del Código Nacional del Procedimientos Penales.

De acuerdo con la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la jurisprudencia de rubro *AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. AL AFECTAR TEMPORALMENTE LA LIBERTAD DEL INCULPADO SE ACTUALIZA UNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO*⁵⁶ el auto de vinculación a proceso es considerado una determinación jurisdiccional que afecta indirectamente la libertad personal en virtud de que, con su emisión, se somete al imputado de manera formal y material al proceso, con independencia de que el Juez de Control considere procedente alguna medida cautelar de carácter personal.

En estas condiciones, atendiendo a lo señalado en el artículo 61, fracción XVIII, inciso d) de la Ley de Amparo, el imputado y su defensa podrán presentar demanda de amparo indirecto en contra del auto de vinculación a proceso como excepción al principio de definitividad, siendo procedente dentro de este medio de control constitucional la suspensión del acto reclamado.

Ahora bien, si de los antecedentes de investigación expuestos por el Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional así como los elementos probatorios aportados por las partes no se establece que se ha cometido un hecho que la ley

⁵⁶ Tesis 1a./J. 101/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo 1, marzo de 2013, p. 534.

señala como delito o que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, el Juez de Control deberá dictar un auto de no vinculación a proceso, el cual tendrá como efecto la inmediata libertad del imputado, la revocación de las providencias precautorias así como las medidas cautelares decretadas en la audiencia inicial.

Así pues, esta resolución al tener como efecto la no continuación de la investigación y al afectar de manera indirecta la reparación del daño, la víctima u ofendido están legitimados para interponer el recurso de apelación en términos de lo dispuesto por el artículo 459, fracción I del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Finalmente, el Juez de Control antes de finalizar la audiencia inicial determinará previo debate las partes, el plazo para el cierre de la investigación complementaria, el cual en términos del artículo 321 del Código Nacional de Procedimientos Penales no podrá ser mayor a dos meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, ni de seis meses si la pena máxima excediera ese tiempo.

CAPÍTULO III

LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

3.1. Concepto

La prisión preventiva es definida de la siguiente manera:

una medida cautelar que tiene como función asegurar el normal desarrollo del proceso, y eventualmente, al concluir éste, la aplicación de una pena privativa de libertad, es decir, su finalidad estriba en que el proceso fluya normalmente y si al concluir éste se acredita una responsabilidad penal por parte de la autoridad judicial, se le aplicará la pena con toda la certeza.⁵⁷

En esta línea argumentativa, se dice también que:

la prisión preventiva es un instrumento cautelar de carácter personal consistente en la privación de libertad de una persona física que ha cometido un hecho delictivo que amerita pena corporal-privativa de libertad-, por un tiempo definido y breve que no podrá exceder de dos años (como lo establece nuestra Norma Suprema, o de un año como lo acota el CNPP), ordenada por un juez competente en proporción a la necesidad de garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; se ejecuta ingresando al imputado en un centro preventivo y de readaptación social.⁵⁸

Asimismo:

la prisión preventiva se concibe como la detención de las personas imputadas o acusadas por la comisión de un delito, por el tiempo indispensable en lo que se dicta sentencia definitiva o por el tiempo fijado por la ley, la que se decreta durante el desarrollo del proceso, y perdura hasta que la sentencia cause ejecutoria.⁵⁹

De acuerdo a las anteriores consideraciones, se puede afirmar que la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter provisorio e instrumental al proceso

⁵⁷ Cárdenas Rioseco, Raúl F., *La prisión preventiva en México. Condena por adelantado o medida de seguridad encubierta*, México, Porrúa, 2004, p. 3.

⁵⁸ Embris Vázquez, José Luis, *et. al., Tópicos de la Prisión Preventiva, Arraigo y Prisión Preventiva*, México, Editorial Flores, 2016, p. 229.

⁵⁹ Polanco Braga, Elías, *“Procedimiento Penal Nacional...”*, cit., p. 252.

penal, la cual deberá ser dictada de manera excepcional, únicamente cuando otras medidas no resulten suficientes para garantizar su comparecencia en el proceso, para el desarrollo de la investigación ministerial, para la protección de la víctima, testigos o la sociedad, o bien, cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por un delito doloso.

Así pues, la figura de la prisión preventiva en el sistema jurídico mexicano está regulada en el artículo 19, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el cual a la letra establece:

Artículo 19. [...]

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

[...]

En términos del presente numeral se advierte que la prisión preventiva podrá ser decretada por el Juez de Control a solicitud del Ministerio Público o bien de forma oficiosa cuando el imputado esté siendo investigado por uno o alguno de los delitos contemplados en el presente precepto o en los señalados en el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Bajo esta tesis, se afirma que el término de prisión preventiva justificada se acuña en virtud de que el Ministerio Público tiene la potestad de solicitarla en la

audiencia inicial cuando advierta fundadamente un riesgo de frustración o peligro procesal del imputado, esto es, cuando exista un riesgo de fuga del imputado que impida la continuación del proceso penal o el desarrollo de la investigación en su fase complementaria, cuando advierta un riesgo a la integridad personal de la víctima u ofendido, testigos, intervinientes en el proceso o la sociedad en general o bien, cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por un delito doloso.

Por otra parte, se considera por algunos autores que la razón subyacente de la prisión preventiva oficiosa es derivada del análisis exegético al catálogo de delitos que contempla el artículo 19 Constitucional y el 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales⁶⁰, esto es, que sólo bastará para la procedencia de esta medida cautelar, que el imputado se le atribuya como probable autor o participe uno o algunos de los delitos contemplados en dichas disposiciones legales.

En suma, en el sistema penal acusatorio mexicano se reconoce a la prisión preventiva como una medida cautelar de carácter excepcional, que restringe de manera provisoria la libertad personal del gobernado para que se cumplan determinadas finalidades en el proceso, admitiéndose en su forma justificada y oficiosa.

3.2. Principios rectores

Como se ha señalado en el capítulo primero del presente trabajo, las medidas cautelares tienen como características el ser instrumentales, provisorias y flexibles al proceso que les da origen, rigiéndose bajo los principios de legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad (en el caso de la materia penal) y proporcionalidad.

⁶⁰ Cfr. Nader Kuri, Jorge, *La prisión preventiva en México*, México, Tirant lo Blanch, 2022, p. 65.

Así pues, tratándose de la prisión preventiva, esta cuenta con diversos principios que le dan una naturaleza jurídica específica a otras medidas cautelares personales en el proceso penal.

De acuerdo con el presente autor, la prisión preventiva cuenta con los principios de 1) judicialidad ya que la medida cautelar es dictada mediante mandato judicial, 2) excepcionalidad porque debe ser decretada cuando fuese indispensable para los fines del proceso penal, 3) provisionalidad en virtud de que subsistirá si se mantienen los presupuestos que motivaron y fundaron su aplicación cuando se dicte la sentencia, 4) motivación debido a que la solicitud del Ministerio Público deberá estar motivada y el Juez de Control la examinará para su procedencia, 5) presencia de indicios de la presunta comisión delictiva debido a que tratándose de la prisión preventiva justificada, basta que el Ministerio Público demuestre la presencia de indicios de que el hecho tiene características que lo tornan delictivo así como su probable participación o comisión para que se imponga esta medida en contra de la libertad del imputado.⁶¹

Asimismo, se refiere que la prisión preventiva cuenta con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad:

*El principio de subsidiariedad significa que la prisión preventiva justificada deberá ser la ultima ratio en la imposición de medidas cautelares, es decir, excepcional. [...] La proporcionalidad implica una relación racional entre la prisión preventiva y los fines perseguidos, de tal forma que la privación de la libertad no resulte exagerada o desmedida de acuerdo con el caso particular, es decir, necesaria.*⁶²

Ahora bien, de acuerdo con lo anterior, se advierte que la prisión preventiva además de ser provisoria e instrumental al proceso penal, tiene como principios rectores específicos: 1) la judicialidad: ya que será el Juez de Control quien determine su imposición, duración y revisión, 2) legalidad, ya que al ser un acto de molestia deberá estar en todo momento debidamente fundada y motivada por el

⁶¹ Cfr. Polanco Braga, Elías, “*Procedimiento Penal Nacional...*”, *cit.*, p. 253.

⁶² Nader Kuri, Jorge, *op. cit.*, p. 89-93.

órgano jurisdiccional competente, 3) excepcionalidad en virtud de que deberá ser impuesta como *ultima ratio* y, 4) proporcionalidad (con sus subprincipios de idoneidad, intervención mínima y proporcionalidad *stricto sensu*).

No obstante lo anterior, es dable señalar que, atendiendo a los requisitos de procedencia de la prisión preventiva oficiosa, esta únicamente cuenta con los principios de oficiosidad, judicialidad y legalidad, en virtud de que al ser una medida cautelar dictada conforme a la interpretación taxativa de los artículos 19 Constitucional y 167 del Código Procesal, el órgano jurisdiccional no puede valorar si este acto de molestia es excepcional y proporcional, lo cual lo torna violatorio al derecho fundamental de la libertad personal del imputado y presunción de inocencia.

3.3. Requisitos de procedencia de la prisión preventiva

Como se ha señalado, en el sistema penal acusatorio se reconoce a la prisión preventiva como una medida cautelar provisoria e instrumental al proceso penal que restringe de manera provisoria la libertad personal del gobernado, para lograr determinados fines del proceso, admitiéndose en su forma justificada y oficiosa.

3.3.1. Oficiosa

En principio, la prisión preventiva oficiosa está regulada en el artículo 19, párrafo segundo de la Constitución Federal, el cual a la letra establece:

Artículo 19. [...]

[...] El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos,

delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.
[...]

De acuerdo a la doctrina, el término oficio proviene del latín *officium* que significa *diligencias que se disponen y cumplen judicialmente sin requerimiento de parte*.⁶³

Así, con base a lo anterior, se afirma que la oficiosidad es el actuar de la autoridad competente que no requiere solicitud a petición de parte, en estas condiciones, el término de prisión preventiva oficiosa deviene de su substanciación, es decir, que el órgano jurisdiccional encargado de su imposición no requiere de la petición por parte del Ministerio Público, sino únicamente que se actualice alguno de los delitos contemplados en el numeral 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Cabe señalar que, el artículo 19 párrafo segundo de la Constitución Federal ha venido ampliando su catálogo de delitos mediante reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación en fechas 14 de julio de 2011 y 12 de abril de 2019, de la siguiente manera:

Delitos aplicables para la prisión preventiva oficiosa
Diario Oficial de la Federación de 18 junio de 2008
Delincuencia organizada
Homicidio doloso
Violación
Secuestro
Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos
Delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación
Delitos graves que determine la ley en contra del libre desarrollo de la personalidad
Delitos graves que determine la ley en contra de la salud
Diario Oficial de la Federación de 14 julio de 2011
Trata de personas
Diario Oficial de la Federación de 12 abril de 2019
Abuso y violencia sexual contra menores

⁶³ Polanco Braga, Elías, “*Nuevo Diccionario...*”, *cit.*, p. 217.

Feminicidio
Robo a casa habitación
Uso de programas sociales con fines electorales
Corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito
Ejercicio abusivo de funciones
Robo a transporte de carga en cualquiera de sus modalidades
Delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos
Delitos en materia de desaparición forzada de personas
Desaparición cometida por particulares
Delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea

(Cuadro 1)

En este orden de ideas, el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales dispone en su párrafo cuarto lo siguiente:

Artículo 167. Causas de procedencia

[...]

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

En estas condiciones, el presente numeral adiciona al artículo 19 de la Constitución Federal, un catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa previstos en el Código Penal Federal, así como en el Código Fiscal de la Federación, los cuales son:

Artículo 167. Causas de procedencia

[...]

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

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

II. *Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;*

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

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

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

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

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

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

IX. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis;

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

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

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

XIII. Femicidio, previsto en el artículo 325;

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

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

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

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

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

I. Contrabando y su equiparable, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 102 y 105, fracciones I y IV, cuando estén a las sanciones previstas en las fracciones II o III, párrafo segundo, del artículo 104, exclusivamente cuando sean calificados;

II. Defraudación fiscal y su equiparable, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado supere 3 veces lo dispuesto en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, exclusivamente cuando sean calificados, y

III. La expedición, venta, enajenación, compra o adquisición de comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 Bis del Código Fiscal de la Federación, exclusivamente cuando las cifras, cantidad o valor de los comprobantes fiscales, superen 3 veces lo establecido en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación. [...]

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina, el catálogo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Federal y adicionado por el 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales se puede dividir en tres importantes bloques:

*por la denominación del delito en concreto, por los medios comisivos y por la gravedad del hecho delictivo y la valía asignada al bien jurídico tutelado.*⁶⁴

a) Por la denominación del delito en concreto: En este primer bloque se distingue que será aplicable la prisión preventiva oficiosa por la naturaleza jurídica del delito, como lo es el delito de feminicidio, violación, secuestro o delincuencia organizada, por lo que se constituye como un catálogo cerrado de delitos.

No obstante, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia de rubro *PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA. SU IMPOSICIÓN PARA EL DELITO DE VIOLACIÓN NO SE EXTIENDE A LA TENTATIVA DE VIOLACIÓN*⁶⁵, ha señalado que atendiendo a una interpretación taxativa a los artículos 19 Constitucional y 167 del Código Procesal, la tentativa en el delito de violación al no estar previsto como supuesto de procedencia para la prisión preventiva oficiosa, no deberá ser impuesta, sino únicamente en aquellos delitos que estén expresamente señalados por dichos numerales.

En este sentido, en el amparo en revisión 26/2021 del cual deriva la jurisprudencia señalada, a través del voto particular del ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá, se señaló textualmente lo siguiente:

14. La tentativa no integra por sí misma un ilícito al que corresponda un específico tipo penal, sino que implica la ejecución de un delito que se detiene en un punto del inter criminis antes de alcanzar su plena consumación, la cual no se logra por causas ajenas a la voluntad del agente, de manera que en el

⁶⁴ Embris Vázquez, José Luis, *Prisión Preventiva en el Sistema Acusatorio Penal*, Arraigo y Prisión Preventiva, México, Editorial Flores, 2016, p. 295.

⁶⁵ Tesis 1a./J. 4/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. II, enero de 2022, P. 863.

delito tentado es manifiesta la ejecución dolosa de los actos tendientes a su consumación.

*15. La actuación típicamente antijurídica del activo y el inminente peligro en que se pone al bien jurídico protegido, aunque no se materialice el resultado típico, **son manifestaciones inequívocas de la gravedad de la conducta del agente y de la peligrosidad que éste representa para la sociedad**, siendo éstas las razones de mayor peso que han llevado al Constituyente a considerar que esos delitos ameritan "prisión preventiva oficiosa. (Énfasis añadido).*

Por lo tanto, nos resulta incorrecta la interpretación formulada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia señalada, toda vez que la tentativa (punible) el sujeto activo con la intención de afectar o poner en peligro el bien jurídico tutelado, ejecuta aquellos actos que producirán un resultado u omite los que debería realizar, sin que se consuman por causas ajenas a éste, por lo que dicha circunstancia no puede considerarse como un delito autónomo, ya que son formas de ejecución de éste.

b) Por los medios comisivos: En el caso concreto, encontramos que el artículo 19 de la Constitución Federal dispone la aplicación de la prisión preventiva oficiosa tratándose de delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos.

c) Por la gravedad del hecho delictivo y la valía asignada al bien jurídico tutelado: En este bloque se distingue la aplicabilidad de la prisión preventiva oficiosa tratándose de delitos graves que así sean determinados por la ley sustantiva y que tutelen la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad, así como la salud de los individuos.

A) Provisoriedad de la prisión preventiva oficiosa

En principio, el artículo 20, apartado B, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece:

Artículo 20. [...]

B. De los derechos de toda persona imputada:

[...]

IX. [...]

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

[...]

De acuerdo con el presente artículo y de conformidad con lo señalado en el numeral 165 del Código Nacional de Procedimientos Penales, como derecho fundamental que le asiste al imputado, la prisión preventiva (oficiosa o justificada) que se le dicte en el proceso penal no deberá exceder del plazo de dos años, salvo que la prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa.

Sobre este punto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en la jurisprudencia de rubro *PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA. PROCEDE REVISAR SU DURACIÓN EN EL PLAZO DE DOS AÑOS, A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 20, APARTADO B, FRACCIÓN IX, CONSTITUCIONAL Y, EN SU CASO, DETERMINAR SI CESA O SE PROLONGA SU APLICACIÓN*⁶⁶ que, tratándose de la prisión preventiva oficiosa, el Juez de Control no tiene impedimento constitucional o legal para revisar dicha medida cautelar en el plazo de dos años posterior a su imposición.

Así, de acuerdo con la ejecutoria dictada en el amparo en revisión 315/2021 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la cual deriva la presente jurisprudencia, se destacan los siguientes elementos:

l) De conformidad con el contenido del artículo 20, apartado B, fracción IX de la Constitución Federal, no se establece que el plazo máximo de 2 años de la prisión

⁶⁶ Tesis 1a./J. 32/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, t. III, mayo de 2022, p. 2839.

preventiva sea únicamente aplicable para la justificada, por lo que esta medida cautelar en cualquiera de sus dos modalidades deberá ser revisada para su cese o prolongación cuando se prolongue su duración.

II) Lo anterior subyace a la interpretación que debe realizarse a este numeral constitucional con el parámetro establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el derecho a la libertad personal y presunción de inocencia, reconocidos en los artículos 7.5 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

III) En el caso de que la prisión preventiva oficiosa deba prolongarse, el Juez de Control deberá analizar tres elementos: 1) la complejidad del asunto, 2) la actividad procesal del interesado; y, 3) la conducta de las autoridades, por lo que el Ministerio Público tendrá la carga de la prueba para justificar estos elementos.

IV) Dicho de otra manera, el Ministerio Público deberá probar: a) que el asunto en específico es complejo (tomará en cuenta las características del hecho delictivo, la investigación y la dificultad probatoria), b) que la actividad procesal del imputado es la ha ocasionado la dilación del proceso, d) que las autoridades que intervienen han sido diligentes en la sustanciación de proceso, por lo cual, deberá acreditar la necesidad de que continúe la prisión preventiva.

Por lo cual, de lo anterior se advierte que la prisión preventiva oficiosa al ser una medida excepcional resulta procedente su revisión en términos del artículo 161, 162 y 163 del Código Nacional de Procedimientos Penales para su cese o continuación.

No obstante, si al imputado se le impuso una medida diferente a la prisión preventiva oficiosa, en la audiencia de revisión de medidas cautelares no será procedente la imposición de ésta última en virtud de que se variarían los hechos o la clasificación jurídica que fue materia del auto de vinculación a proceso.

B) Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019

Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de noviembre de 2019, se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, Ley de Seguridad Nacional, Código Nacional de Procedimientos Penales, Código Fiscal de la Federación y el Código Penal Federal, denominándose en su conjunto la Reforma Penal Fiscal.

Así, respecto al tema que nos ocupa, el artículo 167, séptimo párrafo del código penal adjetivo quedó de la siguiente manera:

Artículo 167. Causas de procedencia

[...]

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

I. Contrabando y su equiparable, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 102 y 105, fracciones I y IV, cuando estén a las sanciones previstas en las fracciones II o III, párrafo segundo, del artículo 104, exclusivamente cuando sean calificados;

II. Defraudación fiscal y su equiparable, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado supere 3 veces lo dispuesto en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, exclusivamente cuando sean calificados, y

III. La expedición, venta, enajenación, compra o adquisición de comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 Bis del Código Fiscal de la Federación, exclusivamente cuando las cifras, cantidad o valor de los comprobantes fiscales, superen 3 veces lo establecido en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación

[...] (Énfasis añadido).

De acuerdo con la presente reforma, estos delitos contemplados de manera específica en el Código Fiscal de la Federación fueron considerados dentro del catálogo de delitos de procedencia de prisión preventiva oficiosa (por afectar la seguridad nacional).

Derivado de lo anterior, en fecha 15 de noviembre de 2019, la Comisión Nacional de Derechos Humanos promovió acción de inconstitucionalidad en contra

de los numerales 5, fracción XIII de la Ley de Seguridad Nacional, 167, párrafo séptimo, fracciones I, II y III del Código Nacional de Procedimientos Penales y 113 Bis del Código Fiscal de la Federación.

Asimismo, el 9 de diciembre de 2019, diversos integrantes del Senado de la República presentaron demanda de acción de inconstitucionalidad impugnando dichas normas.

Por lo cual, ambos medios de control constitucional quedaron radicados bajo los números de expedientes 130/2019 y su acumulada 136/2019, y mediante sesión de fecha 25 de octubre de 2021, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró lo siguiente:

I) En principio, se reconoce que existe un régimen penal ordinario y uno de excepción tratándose de delincuencia organizada y contra la seguridad nacional, requiriéndose para este último un trato más restrictivo a los derechos fundamentales de los imputados, como lo es la libertad personal, por lo cual, las normas penales que restringen intensamente dichos derechos deben someterse a un estudio riguroso de constitucionalidad.

II) No cualquier delito que afecte la gravemente a la sociedad debe considerarse como una amenaza a la seguridad nacional, sino únicamente aquellas que supongan un riesgo actual, directo e inmediato a la integridad interna y externa del Estado, lo cual no acontece en los presentes delitos fiscales.

III) Así, de conformidad con la Constitución Federal y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos en los que el Estado Mexicano es parte, el legislador ordinario no debe introducir nuevos supuestos de prisión preventiva oficiosa distintos a los enunciados en el artículo 19 de la Constitución, ya que únicamente se debe especificar más no ampliar el catálogo de delitos respectivo.

IV) Por lo cual, en el caso específico, no existe justificación legal para determinar que los delitos de contrabando, defraudación fiscal y la expedición, venta, enajenación, compra o adquisición de comprobantes fiscales atenten en contra la seguridad nacional ya que únicamente ponen en riesgo la Hacienda Pública, por lo que no resulta dable la procedencia de la prisión preventiva oficiosa para dichos delitos, ya que con ello la medida cautelar resulta desproporcional, excesiva y vulnera el principio de *ultima ratio*.

V) Así pues, la prisión preventiva debe ser aplicada de conformidad con los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que debe fundarse en elementos probatorios suficientes que permitan suponer fundadamente que la persona sometida a proceso ha participado en el delito que se le imputa y no en características personales (como el derecho de autor) ni en la gravedad del delito que se le atribuye, ni mucho menos presumir sobre la existencia de un peligro procesal.

No obstante, este asunto fue returnado con el fin de reformular el proyecto original del ministro José Fernando Franco González, por lo que en fechas 5, 6 y 8 de septiembre de 2022, se sesionó de nueva cuenta la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, cuyo proyecto quedó a cargo del ministro Luis María Aguilar Morales.

En este orden de ideas, los puntos torales del proyecto fueron los siguientes:

1. El análisis de la prisión preventiva como límite de la libertad personal de conformidad con los criterios formulados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el derecho a la libertad personal y su relación con la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa.

2. La forma en que se estudia las restricciones que la Constitución impone a los derechos humanos, como lo es en específico el artículo 19, párrafo segundo de la Constitución Federal.

Por lo cual, la materia del proyecto fue el análisis de la prisión preventiva oficiosa de acuerdo con las bases y principios del Sistema Constitucional Mexicano, ya que se advierte que esta figura es contraria a los derechos humanos al restringir por completo la libertad personal del imputado, erigiéndose como pena anticipada. Aunado a lo anterior, la prisión preventiva oficiosa atenta contra el sistema penitenciario y los fines de la reinserción social ya que la vigencia de la prisión preventiva genera crecimiento carcelario y hacinamiento penitenciario.

Asimismo, de acuerdo con la contradicción de tesis 293/2011, cuando un derecho humano tiene restricción en una norma, se deberá dar la protección más favorable a la personal, atendiendo a que los derechos humanos reconocidos en la Ley Fundamental y en los Tratados Internacionales en los que el Estado es parte, integran un mismo conjunto de catálogo de derechos, que no se relacionan jerárquicamente entre sí, independientemente de su fuente.

En este sentido, se destaca el siguiente argumento:

La nueva interpretación que se propone en el proyecto tendrá como efecto entender que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, por lo que, derivado de la parte final del párrafo primero constitucional, cuando en la propia Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos, la Suprema Corte deberá ponderar esa restricción a la luz de los derechos humanos de fuente internacional y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de determinar si el Estado Mexicano puede mantener la restricción constitucional en aras de proteger bienes de importancia suprema o si, por el contrario, es ineludible optar por la mayor protección de los derechos humanos derivada de cualquier fuente aún la internacional.

[...]

*De esta manera, aplicando el estándar anterior, en el proyecto se concluye que la prisión preventiva oficiosa contemplada en las normas impugnadas y, principalmente, **en la última parte del artículo 19, párrafo segundo, de la***

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es contrario a los derechos humanos que integran el parámetro de validez mexicano, conforme al propio artículo 1° de nuestra Constitución. (Énfasis añadido).

Por lo cual, del debate formulado por el Pleno de la Suprema Corte de la Nación, se destacan las siguientes conclusiones:

Se afirmó de manera unánime que la figura de la prisión preventiva oficiosa contenida en el artículo 19, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vulnera de manera desproporcionada los derechos a la libertad personal y la presunción de inocencia del imputado, así como la independencia judicial de los jueces de control ya que se les prohíbe estudiar las peculiaridades específicas del caso para su imposición.

La prisión preventiva oficiosa u automática es violatoria a los derechos fundamentales del imputado ya que sus requisitos genéricos de procedencia como lo es el tipo penal atribuido, la punibilidad o la identidad del sujeto activo, contravienen los criterios sustentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por lo cual, se advierte la existencia de una antinomia entre la figura de la prisión preventiva oficiosa y el derecho fundamental a la presunción de inocencia y la libertad personal, por lo que el punto toral del presente asunto es la interpretación del artículo 19 de la Ley Fundamental de acuerdo con el parámetro de constitucionalidad, que logre armonizar esta medida cautelar con el resto de los derechos fundamentales que la Constitución y los Tratados Internacionales reconocen al imputado así como a la víctima u ofendido en el procedimiento penal.

En este orden de ideas, de acuerdo con la contradicción de tesis 293/2011, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Federal y en los Tratados Internacionales en los que el Estado Mexicano es parte, integran el

parámetro de regularidad supremo, que de llegar a existir conflicto entre ellos (como acontece en el presente caso), se debe estar a lo señalado por la Constitución.

Así pues, como se advierte de lo anterior, los ministros de la Suprema Corte determinaron improcedente la invalidación del precepto 19, párrafo segundo de la Constitución Federal por considerarse inconvencional en virtud de que este órgano de control constitucional carece de competencia para inaplicar dicho precepto, puesto que dicha función es competencia exclusiva del poder constituyente.

Derivado del debate formulado por los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el ministro Luis María Aguilar Morales determinó retirar su proyecto y reformularlo con la finalidad de unir los puntos torales debatidos en las sesiones, proponiendo una nueva metodología en el estudio de la prisión preventiva oficiosa.

En suma, de los criterios formulados en la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019 en dichas sesiones, se destaca lo siguiente:

No obstante que la materia de la presente litis consistió en determinar si los delitos de contrabando, defraudación fiscal, así como la expedición de facturas apócrifas deben ser consideradas como aquellas que afectan la seguridad nacional y por ende, consideradas dentro del catálogo de prisión preventiva oficiosa, el análisis de fondo fue la inconvencionalidad de esta medida cautelar y su interpretación compatible con el bloque de constitucionalidad.

Se sostiene que la figura de la prisión preventiva oficiosa en el contexto actual del sistema penal acusatorio y de los criterios de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, es desproporcional, atenta contra la libertad personal y a la presunción de inocencia, aunado a que no cumple con su naturaleza jurídica de medida cautelar puesto que carece de sus presupuestos indispensables como lo es la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora.

Si bien, se destaca que la porción normativa del artículo 19, párrafo segundo de la Constitución Federal es inconvencional, el tema medular en el Tribunal Constitucional es la interpretación que los órganos jurisdiccionales deben hacer de conformidad con las reglas hermenéuticas contenidas en el artículo 1° de la Constitución Federal.

Cabe señalar que el principio de interpretación conforme exige que, antes de considerar inconstitucional una norma jurídica, se agoten todas las posibilidades de interpretación a efecto de encontrar aquella que la haga compatible con el bloque de constitucionalidad, para que pueda subsistir válidamente en el ordenamiento jurídico. Por lo cual, se considera que el contenido del artículo 19, párrafo segundo Constitucional, debe cumplir con dicho principio, de conformidad con el parámetro establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finamente, derivado de las sesiones de fechas 22 y 24 de noviembre de 2022, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó declarar la invalidez de los artículos 167, párrafo séptimo del Código Nacional de Procedimientos Penales, 5, fracción XIII, de la Ley de Seguridad Nacional, y 2°, párrafo primero, fracciones VIII, VIII Bis y VIII Ter, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

3.3.2. Justificada

La prisión preventiva justificada o también denominada a petición de parte, se encuentra establecida en el artículo 19, segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra establece:

Artículo 19. [...]

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.

Así pues, en armonía con el numeral 167, primer párrafo del Código Nacional de Procedimientos Penales, la prisión preventiva justificada, será dictada por el Juez de Control una vez que advierta fehacientemente que otras medidas cautelares no son suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso penal, para el desarrollo de la investigación en su etapa complementaria, para garantizar la seguridad de la víctima u ofendido y la sociedad, para salvaguardar los elementos de prueba como testigos o peritos así como cuando el indiciado esté siendo procesado o haya sido sentenciado por la comisión de un delito doloso.

Como fue señalado en el capítulo segundo del presente estudio, dichas finalidades en conjunto pueden dividirse en dos segmentos importantes: i) lo que debe protegerse en el proceso con la medida cautelar denominado riesgo de frustración procesal y ii) de quién debe protegerse el proceso penal, llamado peligrosidad procesal del imputado.

Para que el órgano jurisdiccional esté en condiciones de dictar esta medida cautelar, debe allegarse de elementos probatorios aportado por las partes a través del principio de contradicción y que sean suficientes para determinar de manera excepcional que la prisión preventiva es idónea para lograr los fines del proceso, con independencia del delito que se le atribuya al imputado.

Hay que mencionar además que, si bien en la etapa procesal en que es dictada la prisión preventiva y, por ende, el auto de vinculación a proceso, se requieren únicamente de datos de prueba para sustentar dichas resoluciones, se considera que el estándar probatorio para la restricción de la libertad personal debe ser más estricto en virtud de que se trastoca, aún de forma provisoria, este derecho fundamental.

Dicho de otra manera, para que el Juez de Control determine procedente la prisión preventiva justificada, deberá analizar a través de elementos probatorios suficientes, que existe: 1) la probabilidad sobre la comisión o participación del imputado en el hecho (análisis a la apariencia del buen derecho) anticipando de manera periférica que la sentencia dictada podría ser condenatoria, 2) la existencia de riesgo de frustración y peligro procesal del imputado en el proceso y 3) que el delito que se le atribuya sea suficientemente grave que justifique la restricción a la libertad personal.

En este sentido, de acuerdo con la tesis aislada de rubro *PRISIÓN PREVENTIVA JUSTIFICADA. CORRESPONDE AL MINISTERIO PÚBLICO DEMOSTRAR Y JUSTIFICAR SU IMPOSICIÓN Y NO LIMITARSE A MENCIONAR GENÉRICA Y SUBJETIVAMENTE QUE ES SUFICIENTE PARA CONTINUAR ADECUADAMENTE CON LA INVESTIGACIÓN*⁶⁷ se señala que es el Ministerio Público quien tiene la carga de la prueba para justificar que la prisión preventiva es la idónea para asegurar los fines del proceso penal, lo anterior, con medios de prueba necesarios y con argumentos objetivos que permitan resolver al órgano jurisdiccional si esta medida cautelar resulta procedente.

3.4. La prisión preventiva y su incompatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia

El derecho a la presunción de inocencia se encuentra reconocido en el artículo 20, apartado B, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual a la letra establece:

Artículo 20.

[...]

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

⁶⁷ Tesis VI.2o.P.45 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, agosto de 2018, p. 3016.

Asimismo, este derecho fundamental se encuentra reconocido en los artículos 14, apartado 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8, apartado 2 de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, los cuales señalan:

Artículo 14. [...]

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

ARTÍCULO 8. Garantías Judiciales

[...]

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;*
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y*
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*

Como se ha estudiado previamente, la presunción de inocencia es un derecho fundamental que le asiste al gobernado desde que es señalado por el Ministerio Público como probable autor o participe de un delito hasta que se declara su plena responsabilidad penal a través de una sentencia condenatoria ejecutoriada, el cual debe ser garantizado por todas las autoridades en el ámbito de su competencia.

Cabe señalar que la doctrina define a este derecho fundamental de la siguiente manera:

*Es dable establecer que se trata de un principio rector del proceso penal, cuya finalidad es, durante su desarrollo, considerar al imputado como inocente de forma objetiva y efectiva, cuya protección comience desde la detención del inculpado a partir del cual sea dable establecer medidas cautelares, las que además de cubrir los requisitos exigidos por la ley, serán como su nombre lo establece, aplicadas de forma cautelar y no represiva [...]*⁶⁸

De acuerdo con el presente autor, la presunción de inocencia es el principio rector del proceso penal, a través del cual las actuaciones de las autoridades intervinientes en el proceso penal deberán apegarse a su observancia desde que es detenido el imputado y puesto a disposición de la autoridad ministerial o bien para la imposición de medidas cautelares (actos enunciativos más no limitativos), los cuales estos últimos deberán cumplir con los requisitos establecidos en la ley, sin caer en actos represivos o como pena anticipada.

En este orden de ideas, se dice que la presunción de inocencia subyace a dos razones fundamentales: una ontológica y otra epistemológica:

Razón ontológica. Si el ser humano, por naturaleza, es un ser que se desplaza libremente en el espacio, los órganos de procuración y administración de justicia tienen el deber de tratarlo como un ser libre, respetando su libertad de movimiento.

*Razón epistemológica. Conforme a los artículos 20 apartado A fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 2° párrafo primero del Código Nacional, el proceso penal tendrá, entre otros objetivos, el esclarecimiento de los hechos. Por lo tanto, es un proceso de reconocimiento que va a culminar con un juicio de verdad respecto a la culpabilidad de una persona en la comisión de un delito.*⁶⁹

⁶⁸ Aguilar López, Miguel Ángel, *Presunción de Inocencia. Derecho Humano en el Sistema Penal Acusatorio*, 4° ed., México, Editorial Anaya, 2018, p. 81.

⁶⁹ Becerril González, José Antonio, *op. cit.*, p. 45.

Como se advierte de lo anterior, la presunción de inocencia descansa en el pilar fundamental del derecho: la dignidad humana, la base de los demás derechos reconocidos en la Constitución Federal y en los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos. Así, en el contexto actual del sistema penal acusatorio y del parámetro de regularidad constitucional, el imputado deberá ser tratado como inocente en todas las etapas procedimentales a fin de hacer efectivo sus derechos que le asisten en igualdad procesal con las partes.

Por lo cual, atendiendo a las características que reviste la prisión preventiva, se advierte que esta medida cautelar es incompatible con el derecho a la presunción de inocencia, ya que se restringe su libertad personal aún sin ser condenado a una pena privativa de libertad, obligándolo a llevar su proceso en un centro de reclusión, en calidad de inocente.

Sobre este punto, la doctrina ha manifestado diversas posturas:

“abolicionistas de la presunción de inocencia, vinculadas a un derecho penal autoritario, hasta las abolicionistas de la prisión preventiva. A mitad de camino se sitúan las tesis compatibilistas mayoritarias, que en general pretenden hacer compatible una prisión preventiva muy restrictiva con la vigencia de la presunción de inocencia.”⁷⁰

Así pues, en el contexto histórico del derecho penal, tenemos a los pensadores abolicionistas de la presunción de inocencia provenientes de la Escuela Positiva Italiana, entre los que destacan a Raffaele Garofalo y Enrico Ferri, los cuales señalaron a este derecho fundamental de la siguiente manera:

vacía, absurda e ilógica [...] exigiendo el primero la prisión provisional obligatoria y generalizada para los delitos más graves e inclinándose el segundo hacia modelos de justicia sumaria y sustancial más allá de las pruebas de culpabilidad.⁷¹

⁷⁰ Beltrán Ferrer, Jordi, *Prueba y Racionalidad de las decisiones judiciales*, México, Editorial CEJI, 2019, p. 197.

⁷¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 10° ed., Madrid, Trotta, 2018, p. 550.

No obstante, fue en la época de la Ilustración cuando la figura de la prisión preventiva fue duramente criticada, entre los pensadores más representativos se destacan a Thomas Hobbes, Diderot, Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, Jeremy Bentham, entre otros.

En este orden de ideas, de acuerdo con Ferrajoli, la prisión preventiva debe ser suprimida del sistema normativo de acuerdo a las siguientes consideraciones:

De acuerdo con el autor, no debe justificarse esta medida cautelar con las finalidades de impedir la alteración de las pruebas o el peligro de fuga del imputado en el proceso. En el primer supuesto, el Estado no debe confundir esta necesidad del proceso con el objeto de interrogar y obtener ilícitamente la confesión del inculpado, ya que dichas actuaciones inquisitivas son contrarias al derecho de defensa.

El peligro de fuga como segundo requisito de procedencia de la prisión preventiva, esta provocado más por el temor de la pena y de la prisión provisional que del proceso mismo, por lo cual, no es dable justificar la restricción de la libertad personal bajo este requisito, sino se debe construir el sistema penal a través de penas menos gravosas y en más rápidas en su aplicación (celeridad procesal).

Ahora bien, en aras de mantener vigente el principio de presunción de inocencia y de dignidad humana de toda persona sometida a un proceso penal, determina Ferrajoli la necesidad tratándose de delitos graves y complejos, que el imputado sea privado de su libertad en el tiempo estrictamente necesario (horas o máximo días) a fin de llevar a cabo las diligencias necesarias al juicio.

Por lo cual, el autor señala lo siguiente:

El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también, -es decir, sobre todo por necesidades procesales: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del

*juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas.*⁷²

Así pues, según Ferrajoli la eliminación de la prisión preventiva en el proceso penal es para cumplir con determinadas necesidades procesales, como es figurar al imputado como inocente durante todo el proceso, asegurando la dignidad humana. Asimismo, se garantiza su derecho de defensa en igualdad de armas frente al órgano acusador.

Por lo tanto, no resulta dable afirmar que la solución sea la eliminación de la prisión preventiva en el sistema jurídico mexicano. Se destaca la imperiosa necesidad de reformular esta medida cautelar desde su aspecto constitucional, eliminando su procedencia a través del catálogo de delitos y en su lugar el establecimiento de sus dos presupuestos procesales, con el fin de que el principio de excepcionalidad sea más restrictivo, mediante un estándar probatorio más estricto que ayude a determinar por el Juez de Control la necesidad de esta medida.

3.5. Principios rectores de la prisión preventiva de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Para dar inicio al tema que nos ocupa, es necesario mencionar que a través de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, donde se modificó la denominación del Capítulo I, del Título Primero para quedar “De los Derechos Humanos y sus Garantías” y se reformaron los artículos 1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se construyó un nuevo paradigma para el derecho constitucional mexicano.

⁷² *Ibidem*, p. 559.

Lo anterior en virtud de que se modificó el sistema de fuentes de derecho en México, pues se integró al bloque de constitucionalidad los Tratados Internacionales que contengan derechos humanos ratificados por el Estado Mexicano.⁷³

Así, el texto actual del artículo 1º, párrafo primero de la Constitución Federal, establece lo siguiente:

Artículo 1o. *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

De acuerdo con el presente párrafo, atendiendo al principio de igualdad, todas las personas gozarán de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, así como sus garantías para su protección, los cuales no podrán restringirse ni suspenderse salvo los casos y condiciones que señale la propia Constitución.

Por lo tanto, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y la Constitución Federal estarán al mismo nivel jerárquico dentro del sistema jurídico, por lo que, todos los derechos fundamentales incorporados formarán parte de un mismo catálogo normativo.

Sin embargo, derivado de la contradicción de tesis 293/2011, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que, de conformidad con la última parte del presente párrafo, cuando en la Constitución haya una restricción expresa

⁷³ Cfr. Caballero Ochoa, José Luis, *Comentario sobre el artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución (La cláusula de interpretación conforme al principio pro-persona)*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et. al., (coords.), *Derechos Humanos en la constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, SCJN-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, t. I, p. 56-57.

al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que se indique por la norma constitucional.

El segundo párrafo del artículo 1° Constitucional, refiere:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

En términos de esta porción normativa se establece el alcance de interpretación de los derechos fundamentales que deberán realizar todas las autoridades en el ámbito de sus competencias a la luz de la cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona*.

Así pues, las normas relativas a derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico se interpretarán de conformidad con la Constitución Federal y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Mexicano, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia.

De acuerdo con lo anterior, bajo este principio se desprenden dos consecuencias jurídicas: 1) cuando una norma del ordenamiento jurídico no se ajuste al contenido de la Constitución Federal así como de los Tratados Internacionales, podrá ser considerada inválida y en consecuencia ser expulsada del ordenamiento jurídico, 2) se crea una nueva relación entre la Ley Fundamental y los Tratados Internacionales, dejando atrás la relación de jerarquía entre ambas fuentes para constituirse dentro del mismo catálogo (parámetro de control de regularidad o validez constitucional).⁷⁴

En consecuencia, bajo el principio de interpretación conforme, antes de considerar inconstitucional una norma jurídica, la autoridad deberá agotar todas sus

⁷⁴ Cfr. Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “Artículo 1º”, en Soberanes Fernández, José Luis (coord.), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, 21ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, p. 7.

posibilidades de interpretación, con la finalidad de encontrar aquella compatible con el parámetro de regularidad constitucional y por ende, esta pueda subsistir válidamente dentro del ordenamiento jurídico.

Por lo que hace al *principio pro persona*, esta constituye otra herramienta hermenéutica mediante el cual las autoridades deberán elegir aquella interpretación que otorgue la protección más amplia a los derechos fundamentales del gobernado, o bien, aquella que los restrinja de manera mínima.

Respecto al párrafo tercero del presente numeral, a la letra indica:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

[...]

De acuerdo con lo anterior, todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los siguientes principios rectores: i) universalidad: los derechos humanos deberán ser dirigidos y garantizados a todo gobernado derivado del derecho de igualdad reconocido por la ley, ii) interdependencia: es la vinculación entre todos los derechos sin distinción o jerarquía, iii) indivisibilidad: los derechos fundamentales no pueden ser divididos o fragmentados, ya que están relacionados entre sí, iv) progresividad: los derechos fundamentales deberán ser ampliados para su protección en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad.

Ahora bien, en términos de la resolución emitida en el expediente varios 912/2010, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde deriva la obligatoriedad de las sentencias condenatorias dictadas en juicios donde el Estado Mexicano sea parte.

No obstante, tratándose de asuntos donde el Estado Mexicano no sea parte, las sentencias emitidas por la Corte Interamericana tendrán efectos vinculantes, a través del principio de convencionalidad.

Así pues, respecto a la materia que nos ocupa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de diversas sentencias como son el caso Suárez Rosero vs Ecuador, Tibi vs Ecuador, López Álvarez vs Honduras, Barreto Leiva vs Venezuela y Palamara Iribarne vs Chile, ha determinado que la prisión preventiva es la medida cautelar más severa en contra de la libertad personal del imputado, la cual debe ser excepcionalmente aplicada en un plazo razonable y en observancia a sus principios rectores de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad.

En principio, en dichas sentencias este Tribunal ha señalado que para determinar la razonabilidad del plazo en que se desarrolla el proceso penal, deberá tomarse en cuenta: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades que intervienen en el proceso.

En el caso López Álvarez vs Honduras se destaca lo siguiente:

129. El plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento penal que se desarrolla en contra de cierto imputado, hasta que se dicta sentencia definitiva. En materia penal este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito.

De acuerdo con lo anterior se advierte que, para calcular la razonabilidad del plazo en que se desarrolla un proceso penal, se deberá tomar en cuenta desde el primer acto de molestia de las autoridades en contra del inculcado hasta el dictado de la sentencia firme, incluyendo los recursos que en su defensa pudiera presentar.

Por ende, el imputado tiene el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y la prisión preventiva que se dicte en su contra deberá durar el tiempo indispensable a fin de lograr los fines del proceso, esto es, no obstruir el desarrollo de la investigación o bien, evitar que evada la acción de la justicia.

Sobre este punto, en el voto razonado del ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sergio García Ramírez, en la sentencia dictada en el caso Tibi vs Ecuador, destacó lo siguiente:

57. También es posible que el proceso se desarrolle sin que el inculpado quede sujeto a prisión preventiva, sea porque éste reciba el beneficio de la libertad provisional, sea porque la ley excluya de entrada, en su caso, la aplicación de la medida cautelar restrictiva de la libertad. Pero ni siquiera en estas hipótesis es admisible una duración desmesurada del enjuiciamiento, aunque no exista, mientras éste culmina, el agobio de la prisión preventiva sobre los hombros de ese “presunto inocente” que es el enjuiciado.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que el derecho a un plazo razonable deberá ser interpretado en amplio sentido, esto es, debe ser garantizado por el órgano jurisdiccional competente aun cuando el gobernado no esté privado de su libertad personal durante la sustanciación del procedimiento penal.

Es necesario recalcar que la prisión preventiva debe ser aplicada en concordancia con el principio de presunción de inocencia, el cual es la base y el fundamento de todas las garantías que le asisten al imputado en el proceso penal. Así, en la sentencia dictada en el caso Suárez Rosero vs Ecuador se determinó que para que esta medida cautelar garantice dicho principio deberá ser emitida por las autoridades competentes en un plazo proporcionado y únicamente para asegurar que el inculpado no impedirá el desarrollo de la investigación, ni que evadirá la acción de la justicia.

Así pues, en las sentencias Suárez Rosero vs Ecuador, Tibi vs Ecuador, López Álvarez vs Honduras, Barreto Leiva vs Venezuela y Palamara Iribarne vs Chile, este Tribunal ha determinado que la prisión preventiva deberá ser dictada

como excepción y no como regla, únicamente cuando otras medidas cautelares no garanticen el cumplimiento de los fines del proceso, es decir, en un Estado democrático la regla será la libertad personal del inculcado mientras se resuelve su responsabilidad penal.

De acuerdo con la sentencia dictada en el caso López Álvarez vs Honduras, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que para que la prisión preventiva sea legítima, no basta estar regulada en la ley bajo ciertas hipótesis, se requiere que las autoridades competentes previo a su dictado realicen un juicio de proporcionalidad.

68. La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.

De acuerdo con lo anterior se advierte que, para la aplicación del juicio de proporcionalidad por parte de las autoridades se requerirá de elementos probatorios o de convicción en relación con los hechos imputados a fin de determinar si la privación de la libertad resulta proporcional a los fines del proceso. Ahora bien, dentro de la misma sentencia, se destaca lo siguiente:

69. [...] Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena.

Es decir, para la imposición de la prisión preventiva no es suficiente que las autoridades justifiquen su dictado con base en características personales del imputado o en la gravedad del delito que se le atribuya en la etapa procesal

correspondiente, ya que ello haría que la prisión preventiva se convierta en una pena anticipada y no en una medida cautelar.

Para que la prisión preventiva cumpla con el principio de presunción de inocencia es necesario que además de cumplir con los requisitos establecidos por la norma penal, se realice en todos los casos un juicio de proporcionalidad, el cual a través de elementos probatorios suficientes en relación con los hechos investigados se advierta la idoneidad y suficiencia de la prisión preventiva en el caso concreto.

Por lo tanto, esta medida cautelar será arbitraria y contraria a sus principios rectores si las autoridades competentes se avocan únicamente en el tipo penal que se le atribuye, en las características específicas del imputado o en los requisitos establecidos por la ley, dictándola de manera automática sin un juicio de proporcionalidad de acuerdo a las características específicas del caso concreto. Al respecto, en la sentencia se dice lo siguiente:

*81. En razón de ello, la privación de la libertad a que fue sometido el señor Alfredo López Álvarez fue también consecuencia de lo dispuesto en la legislación procesal penal. Dicha legislación ignoraba la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificara en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que **en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo.** (Énfasis añadido).*

Hay que mencionar además que, de acuerdo al voto razonado del ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez en el caso López Álvarez vs Honduras, señala que se contraviene flagrantemente la presunción de inocencia cuando la prisión preventiva se funde exclusivamente en la gravedad del delito que se atribuye al procesado, sin considerar otros elementos para su procedencia, ya que con ello se haría un juicio anticipado a la sentencia que eventualmente se dicte en el juicio.

Del mismo modo, en el caso Tibi vs Ecuador se ha determinado que para efecto de emitir actos que restrinjan la libertad personal en el proceso penal, las autoridades deberán sustentarlo en una prueba suficiente, esto es, deberá existir un estándar probatorio suficiente para legitimar la privación de la libertad personal únicamente por el tiempo indispensable que se requiera en el proceso penal.

Así, de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se concluye que, en un Estado Democrático deberá reconocerse a la figura de la prisión preventiva como una medida cautelar de carácter excepcional a través de los principios rectores de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad.

Por lo tanto, para el respeto a dichos principios y atendiendo a los efectos vinculantes de estas sentencias en el sistema jurídico mexicano, se afirma que, no basta que las autoridades competentes la impongan atendiendo al tipo penal que se le atribuya o a características específicas del imputado, sino deberán realizar en todos los casos un juicio de proporcionalidad, a través de un acervo probatorio suficiente y de acuerdo a los hechos específicos del caso a fin de determinar que la privación de la libertad del inculpado resulta indispensable para preservar el proceso, la seguridad de las partes o evitar que el inculpado evada la acción de la justicia.

En suma, resulta necesaria una reforma legislativa al artículo 19, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los numerales 167 y 171 del Código Procesal Nacional a fin de establecer únicamente la procedencia de la prisión preventiva a petición del Ministerio Público, bajo el cual el Juez de Control decreta esta medida cautelar a través de un estándar probatorio suficiente en el tiempo indispensable a fin de lograr con los fines del proceso penal.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES CONSIDERATIVAS

PRIMERA. Las medidas cautelares son aquellas resoluciones jurisdiccionales de carácter provisorio e instrumental decretadas dentro de un proceso, con la finalidad de preservar la materia del litigio para asegurar la eficacia en el cumplimiento o ejecución de la sentencia definitiva.

En este entendido, el órgano jurisdiccional deberá verificar a través de un determinado estándar probatorio la existencia de dos requisitos de carácter *sine qua non* para su procedencia: *fumus boni iuris* (apariencia del buen derecho) y *periculum in mora* (peligro en la demora).

Es decir, para imponer una medida cautelar, el juzgador deberá realizar de manera periférica un juicio de probabilidades o de verosimilitud sobre el sentido en que se decidirá la litis en la controversia judicial, así como la inminente afectación a los derechos de las partes derivado del retardo de la sentencia definitiva.

SEGUNDA. La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, provisorio, instrumental y proporcional dictada en el proceso penal a través de una resolución judicial, la cual tienen por finalidad restringir de manera excepcional la libertad personal cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para mantener y salvaguardar los fines del proceso.

Será procedente la privación cautelar de libertad cuando el Ministerio Público justifique fundadamente ante el juzgador un riesgo de frustración o de peligro procesal por parte del imputado en el proceso, es decir, cuando exista un riesgo de fuga que impida el desarrollo de la investigación en su fase complementaria, para el resguardo de elementos probatorios, ante la necesidad de salvaguardar la integridad de la víctima u ofendido, testigos o la sociedad en general, o cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por un delito doloso.

En estas condiciones, en el sistema penal acusatorio, la prisión preventiva se encuentra reconocida en su modalidad justificada y oficiosa en el artículo 19, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en el diverso 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Ambas denominaciones derivan de sus requisitos de procedencia, así como su forma de sustanciación en el proceso penal.

TERCERA. La prisión preventiva a petición de parte es solicitada por el Ministerio Público en la audiencia inicial y excepcionalmente por la víctima u ofendido dentro de la fase de debate de medidas cautelares, ya sea dentro del término constitucional y/o su duplicidad o una vez dictado el auto de vinculación a proceso. Para la solicitud e imposición de esta medida cautelar deberán observarse los principios de excepcionalidad, presunción de inocencia, legalidad y proporcionalidad.

El estándar probatorio para justificar e imponer esta medida cautelar personal no está expresamente establecida en el Código Nacional de Procedimientos Penales, lo cual contraviene con el principio de presunción de inocencia. Si bien, en el sistema penal acusatorio no se encuentra vigente el sistema de valoración de pruebas tasada, esto no implica que en aras de cumplir con los principios rectores que rigen la prisión preventiva, resulte imperiosa la necesidad de que en el artículo 171 del código penal adjetivo se establezca el grado de exigencia probatoria cuando se pretenda afectar la libertad personal del imputado de forma cautelar.

Así pues, dicho precepto legal deberá establecer la necesidad de avocarse a la sana crítica, esto es a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, así como los conocimientos científicos a fin de determinar que la medida cautelar está estrictamente supeditada a los fines del proceso y de seguridad para que pueda ser impuesta dentro de un plazo razonable, aunado al juicio de proporcionalidad que en todos los casos debe aplicarse.

Si bien, en términos del artículo 156 del Código Nacional se establece la posibilidad de tomarse en consideración el análisis de valuación de riesgos realizado por el personal especializado en la materia, resulta indispensable dicho requisito para el debate de las medidas cautelares y por ende, de la prisión preventiva.

CUARTA. La prisión preventiva oficiosa o automática es impuesta por el Juez de Control a través de la interpretación exegética del artículo 19, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del diverso 167 del código penal adjetivo, respecto al catálogo de delitos que ambos numerales establecen.

Así, de acuerdo con este requisito de procedencia se afirma que la prisión preventiva oficiosa se constituye en nuestro sistema jurídico como una pena anticipada en contra del imputado, ya que es incompatible con el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos así como los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de las sentencias Suárez Rosero vs Ecuador, Tibi vs Ecuador, López Álvarez vs Honduras, Barreto Leiva vs Venezuela y Palamara Iribarne vs Chile, entre las más importantes.

En suma, la prisión preventiva oficiosa viola los principios de excepcionalidad y presunción de inocencia en virtud de que sus requisitos de procedencia obedecen únicamente al tipo penal que se le atribuye al imputado y no a través de un juicio de proporcionalidad por el Juez de Control que determine a través de un estándar probatorio suficiente que la medida cautelar personal es la más idónea para el cumplimiento de los fines del proceso, como *ultima ratio*.

QUINTA. De lo anterior se infiere la necesidad legislativa de eliminar la prisión preventiva oficiosa a través del catálogo de delitos contemplados en el artículo 19, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (y por ende del artículo 167 del código penal adjetivo) y en su lugar

establecer a rango constitucional los dos presupuestos procesales que por excelencia rigen a todas las medidas cautelares sin excepción: la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora.

Para que la figura de la prisión preventiva cumpla con su naturaleza de medida cautelar deberá el legislador reconocer a nivel constitucional y en ley adjetiva sus presupuestos procesales, para que, en la fase de debate de las medidas cautelares de la audiencia inicial, el órgano jurisdiccional atendiendo a su independencia judicial determine si se encuentran colmados estos requisitos y realizando la valoración a los medios probatorios de las partes a través de un estándar probatorio suficiente, considere como *ultima ratio* la procedencia de la privación de la libertad cautelar en el tiempo estrictamente indispensable para los fines del proceso.

SEXTA. Mediante sesiones de fechas 22 y 24 de noviembre de 2022, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019 analizó el tema de la reinterpretación del artículo 19 de la Constitución Federal respecto a la prisión preventiva oficiosa a la luz del numeral 1° del mismo ordenamiento, es decir, a través del principio *pro persona* propuesto por el Ministro Luis María Aguilar Morales.

Respecto al tema que nos ocupa, este órgano constitucional determinó declarar la invalidez del numeral 167, párrafo séptimo del Código Nacional de Procedimientos Penales, respecto a la procedencia de la prisión preventiva oficiosa tratándose de delitos fiscales.

Si bien, en el proyecto se proponía una nueva interpretación al concepto de oficiosidad, en la actualidad continúa subsistiendo la figura de la prisión preventiva automática como lo establece el numeral 19 de la Constitución Federal así como del diverso 167 del código procesal, sin embargo, resulta dable distinguir que en el

nutrido debate, este Tribunal Constitucional enfatizó la imperiosa necesidad de reestructurar esta medida cautelar bajo la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales, a través de las herramientas hermenéuticas del artículo 1° Constitucional, reconociendo que, en la actualidad la prisión preventiva oficiosa es limitativa al principio de presunción de inocencia y a la libertad personal.

SÉPTIMA. En el tema actual de la prisión preventiva oficiosa, el juicio de amparo indirecto constituye una herramienta de gran importancia para la salvaguarda de los derechos fundamentales del imputado como lo es la presunción de inocencia y la libertad personal.

Dada la naturaleza jurídica de este medio de control constitucional y bajo el principio de mayor beneficio, se afirma que la sentencia de amparo podrá tener como efecto que la autoridad responsable deje insubsistente el auto que impuso la prisión preventiva oficiosa y en su lugar, ordenar la celebración de la audiencia inicial para el debate de la medida cautelar a través del juicio de proporcionalidad.

PROPUESTA DE TESIS

DECRETO

EL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN USO DE LA FACULTAD QUE LE CONFIERE EL ARTÍCULO 135 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA Y PREVIA LA APROBACIÓN DE LA MAYORÍA DE LAS HONORABLES LEGISLATURAS DE LOS ESTADOS Y DE LA CIUDAD DE MÉXICO, DECLARA REFORMADO EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA.

Artículo Único. - Se reforma el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 19. ...

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. **Una vez desahogados los medios probatorios en la audiencia de debate de medidas cautelares, el Juez de Control deberá determinar si la prisión preventiva es idónea y proporcional, previo análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora.**

...
...
...
...

Transitorios

Único. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

DECRETO

EL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DECRETA: SE REFORMA EL ARTÍCULO 167 y 171 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Artículo Primero. - Se reforma el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, para quedar como sigue:

Artículo 167. Causas de procedencia

Sólo dará lugar a prisión preventiva en los siguientes casos y bajo las siguientes condiciones:

I. 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.

II. Una vez que el Ministerio Público haya realizado la solicitud de prisión preventiva en la audiencia de debate de medidas cautelares, el Juez de control deberá realizar el análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora para verificar dicha procedencia, el cual podrá ser desechado de plano cuando no se cumplan con dichos presupuestos, no obstante que pueda solicitarse otra medida cautelar.

III. En todos los casos, las partes deberán ofrecer medios de prueba, los cuales serán desahogados en la misma audiencia ante el Juez de control a fin de efectuar el juicio de proporcionalidad. En dicho estudio, se deberá tomar en cuenta: la idoneidad de la medida, el principio de mínima intervención y el análisis entre la afectación a la libertad personal y su beneficio para lograr los fines del proceso.

IV. En concordancia con el principio de presunción de inocencia, en la resolución que determine la imposición de la prisión preventiva se deberán justificar las razones por las cuales será impuesta dentro del plazo estrictamente necesario.

...
...

Artículo Segundo. - Se adiciona el artículo 171, párrafo segundo, del Código Nacional de Procedimientos Penales, para quedar como sigue:

Artículo 171. Pruebas para la imposición, revisión, sustitución, modificación o cese de la prisión preventiva

...

En todos los casos se estará a lo dispuesto por este Código en lo relativo a la admisión y desahogo de medios de prueba. **Las pruebas ofrecidas por las partes en el debate de medidas cautelares serán valoradas en la misma audiencia por el Juez de control de manera libre y lógica a fin de determinar a través del juicio de proporcionalidad qué medida cautelar resulta idónea para la prosecución del proceso.**

Los supuestos que las partes deberán acreditar de forma escalonada a través de medios probatorios suficientes, serán los siguientes:

- I. Peligro de sustracción del imputado en el proceso**
- II. Peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación**
- III. Riesgo fundado de peligro de la víctima u ofendido, testigos, así como la comunidad en general.**

...

Transitorios

Único. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

BIBLIOGRAFÍA

- BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Lima, Palestra, 2021.
- BECERRIL GONZÁLEZ, José Antonio, *La orden de aprehensión en el Sistema Acusatorio*, México, Porrúa, 2018.
- BELTRÁN FERRER, Jordi, *Prueba y Racionalidad de las decisiones judiciales*, México, Editorial CEJI, 2019.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4° ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 41ª ed., México, Porrúa, 2016.
- CALAMANDREI, Piero, *Las providencias cautelares*, Colombia, Leyer, 2008.
- CHIOVENDA, José, *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, Editorial Reus, 2000, t. I.
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª Ed., Buenos Aires, Depalma Editor, 1958.
- CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *La prisión preventiva en México. Condena por adelantado o medida de seguridad encubierta*, México, Porrúa, 2004.
- DAGDUG KALIFE, Alfredo, *Las medidas cautelares personales y reales*, en Gómez Colomer, Juan Luis (comp.), *Manual de Derecho Procesal Penal Mexicano*, México, Tirant lo Blanch, 2020.
- DELGADO SILES, Juan Carlos, y Colín García, Ricardo, *Las medidas cautelares como medidas de seguridad en el sistema penal acusatorio*, México, Fontamara, 2017.
- ELÍAS AZAR, Edgar, *Frases y expresiones latinas*, 4ª ed., México, Porrúa, 2014.
- EMBRIS VÁZQUEZ, José Luis, *et. al., Tópicos de la Prisión Preventiva, Arraigo y Prisión Preventiva*, México, Editorial Flores, 2016.
- , *Prisión Preventiva en el Sistema Acusatorio Penal, Arraigo y Prisión Preventiva*, México, Editorial Flores, 2016.
- , *Medidas cautelares. Su transición al sistema acusatorio, adversarial y oral en México*, 2° ed., México, Porrúa, 2013.

- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 10° ed., Madrid, Trotta, 2018.
- FIX- ZAMUDIO, Héctor y Ovalle Favela, José, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2004, t. V.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El Procedimiento Penal. Constitución y Código Nacional*, México, Porrúa, 2018.
- GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, "Artículo 1º", en Soberanes Fernández, José Luis (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, 21ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021.
- MARTÍNEZ-BASTIDA, Eduardo, *La audiencia inicial y el triple discurso imputativo*, en Nava Garcés, Alberto Enrique (comp.), *Temas Fundamentales del Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Porrúa, 2015.
- MENDIETA VALDÉS, Epigmenio, *Estándar probatorio en la audiencia de revisión de medidas cautelares*, México, HÉBO Editorial, 2022.
- NADER KURI, Jorge, *La prisión preventiva en México*, México, Tirant lo Blanch, 2022.
- PÉREZ DAZA, Alfonso, *Código Nacional de Procedimientos Penales. Teoría y práctica del proceso penal acusatorio*, 2º Ed., México, Tirant lo Blanch, 2017.
- POLANCO BRAGA, Elías, *Procedimiento Penal Nacional Acusatorio y Oral*, 4ª ed., México, Porrúa, 2022.
- , *Tratado sistemático de la teoría del proceso*, México, Porrúa, 2019.
- , *Nuevo Diccionario del Sistema Procesal Penal Acusatorio. Juicio Oral*, 2º Ed., México, Porrúa, 2015.
- PUJADAS TORTOSA, Virginia, *Teoría General de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- QUINTINO ZEPEDA, Rubén et al., *40 Reglas para que el Ministerio Público determine la clasificación jurídica de un hecho*, México, HÉBO Editorial, 2022.
- , *Teoría del Delito Actualizada Conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Editorial Arquínza, 2021.
- SALAZAR QUIÑÓNEZ, Ariadna, "Medidas Cautelares en Materia Penal. Retos y perspectivas", México, INACIPE, 2021.

VALADEZ DÍAZ, Manuel, *El auto de vinculación a proceso*, México, Editorial Flores, 2021.

-----, *La formulación de Imputación*, México, Editorial Flores, 2020.

-----, *Medidas Cautelares*, México, Editorial Flores, 2019.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Convención Americana sobre Derechos Humanos,
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,
<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,
<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

Código Nacional de Procedimientos Penales,
https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_190221.pdf

Ley de Amparo, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>