

Las medidas cautelares en la legislación procesal penal mexicana*

~Prof. Dr. José Héctor Carreón Herrera~**

Director General del Instituto de Estudios del Proceso Penal Acusatorio, A. C. Miembro fundador de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología. Socio FICP

Sumario.- I. Concepto y clasificación de las medidas cautelares. II. Tratamiento de las medidas cautelares en México. III. Características de las medidas cautelares en el Código Nacional de Procedimientos Penales. IV. Juicios de valoración para la imposición de una medida cautelar. V. Requisitos o presupuestos de las medidas cautelares.

I. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

En la segunda mitad del siglo pasado en la escuela italiana de derecho procesal civil, se desarrolló el conocimiento de las medidas cautelares. Tres destacados juristas fueron sus máximos exponentes: Giuseppe CHIOVENDA, quien las llamó medidas de conservación o cautelares; Francesco CARNELUTTI, que se refiere a ellas como proveimientos cautelares y, Piero CALAMANDREI, a quien la doctrina procesal considera como el más destacado en el tratamiento de estas medidas de carácter procedimental, ya que en su obra “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares” –cabe aclarar que no las denominaba medidas cautelares–, estableció “que las providencias cautelares, nacen al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito”¹.

Respecto al tema que nos ocupa, la doctrina procesal llevó a cabo una adaptación de los conceptos elaborados por la ciencia del proceso civil al ámbito del proceso penal, para tal efecto “se fueron estudiando bajo una misma denominación todas aquellas medidas –detención, prisión preventiva, libertad provisional, arraigo, entre las más significativas– que de una u otra forma limitaban la libertad del imputado durante el desarrollo del proceso penal. El estudio de estas medidas mostró una serie de similitudes –veremos que también importantes diferencias– con las medidas cautelares que la doctrina había estudiado al interior del proceso civil. De allí que el

* Dicha comunicación constituye un extracto del trabajo académico que realiza actualmente el autor, como parte del programa de investigación sobre Derecho procesal penal que desarrolla el Instituto de Estudios del Proceso Penal Acusatorio, A.C.

** Director General del Instituto de Estudios del Proceso Penal Acusatorio, A. C.; miembro fundador de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología y socio de la Fundación Internacional de Ciencias Penales; profesor de Derecho penal y procesal penal en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, la Escuela Libre de Derecho –Ciudad de México–, y el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

¹ CALAMANDREI, Piero, Providencias cautelares, Editorial Bibliográfica Argentina, Cangallo, Buenos Aires, 1984, p. 44.

salto natural fuese denominar a estas medidas del proceso penal bajo el mismo rótulo con el cual habían sido englobadas las providencias del proceso civil”².

Por su parte, el profesor Alfredo VÉLEZ MARICONDE consideró que “la coerción personal del imputado, es la restricción o limitación que se impone a su libertad para asegurar la consecución de los fines del proceso: la averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal”³. Con base en lo anterior, el primero de los fines del proceso se logra cuando se evita que el imputado obstaculice la investigación que realiza el Ministerio Público para obtener la verdad material, es decir, que en un momento dado pueda atentar en contra de los datos de prueba que han sido recolectados para ejercitar eventualmente la acción procesal penal correspondiente; por lo que se refiere al segundo de los fines del proceso, con la imposición de las medidas cautelares se debe de lograr que el imputado esté presente durante todo el proceso, para que en su momento pueda ser sujeto de una decisión –sentencia– que garantice o no los efectos penales –la pena o la medida de seguridad y la reparación del daño– por parte del Órgano jurisdiccional.

Además, en la doctrina procesal penal se considera que las medidas cautelares son instrumentos que tienen efectos preventivos, porque se anticipan al hecho de que el imputado produzca un daño material irreversible durante el proceso –tutela jurisdiccional preventiva que debe de tener la característica de ser urgente–; que por su naturaleza también tienen como función limitar derechos fundamentales del imputado –libertad de circulación, o bien disponer de su patrimonio–. De igual forma se les ha llegado a considerar como medidas de aseguramiento, ya que a través de ellas se puede garantizar que la pretensión de justicia por parte de las víctimas de un hecho posiblemente constitutivo de delito, que se traduzca en la imposición de una sanción mediante el dictado de una sentencia condenatoria.

Ahora bien, existen diversos criterios de connotados procesalistas para clasificar a las medidas cautelares, sin embargo, la mayoría de ellos entre los que se encuentra el doctor Sergio García Ramírez, coinciden en el sentido de que pueden ser reales o patrimoniales, como personales⁴. Por su parte el profesor Julián López Masle considera que es más conocida la clasificación en cuanto a su objeto, las cuales se distinguen en “personales, entendiendo por tales

² MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, Las medidas cautelares personales en el nuevo código procesal penal chileno, Revista de estudios de la justicia, No. 1, Año 2002, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 10.

³ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho Procesal Penal, tomo II, Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba SRL, 3ª Ed., 2ª Reimpresión, 1986, p. 476.

⁴ Citado por SILVA SILVA, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, segunda edición, Editorial Oxford, Décimo cuarta reimpresión: febrero de 2008, p 486.

las que imponen limitaciones del derecho a la libertad personal y reales aquellas en las que se imponen limitaciones a la libre administración o disposición de los bienes del imputado. En términos más gráficos dice este autor, que las medidas cautelares personales tienden a asegurar la persona del imputado, en tanto que las medidas cautelares reales tienden a asegurar sus bienes”⁵.

II. TRATAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN MÉXICO

Durante mucho tiempo el legislador mexicano no contempló en un capítulo específico en los contenidos de los Códigos de Procedimientos Penales a las medidas cautelares y, si bien, algunas de ellas ya se encontraban diseminadas, no se establecía con claridad cuál sería su tratamiento y aplicación en hechos posiblemente constitutivos de delito. Al respecto, el profesor Jorge Alberto SILVA SILVA señalaba que “se percibe una profunda ignorancia en la mentalidad del legislador sobre lo que son las medidas cautelares, aunque esto no implica que no existan algunas medidas en nuestra legislación aunque su regulación parece más producto del azar que de un estudio a conciencia de su existencia, ejemplo de ello es el hecho de que el legislador inserta en el capítulo de incidentes, a la libertad bajo caución, la cual evidentemente no es un incidente –**artículos 399 del CFPP y 556 del CPPDF, códigos procesales abrogados de conformidad con lo que establece el artículo tercero transitorio del CNPP, reformado el 17 de junio de 2016**–. Que si se revisan los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se observa que resulta difícil encontrar alguna resolución en la que se haga alusión a las medidas cautelares; esto nos indica que aún en la práctica se ignora el marco teórico y conceptual de las medidas de cautela a pesar de que prácticamente no existe asunto penal en el que no se apliquen”⁶.

Al publicarse en el Diario Oficial de la Federación –DOF– el 18 de junio de 2008 la reforma al sistema de justicia penal, el Constituyente mexicano consideró pertinente adoptar nuevas figuras procesales como el ejercicio de la acción procesal penal por particulares, las formas de terminación anticipada del proceso, los mecanismos alternativos de solución de controversias, la aplicación de criterios de oportunidad por parte del Ministerio Público, los acuerdos reparatorios, la vinculación del imputado al proceso, entre otras, además de que se precisó la forma de operar de las ya existentes, tal es el caso de los dos supuestos de flagrancia,

⁵ HORVITZ LENNON, María Ines /LÓPEZ MASLE, Julián, Derecho procesal penal chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 343.

⁶ SILVA SILVA, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal..., 2008, p 487. Énfasis y texto añadido por el autor.

el llamado caso urgente y el control de legalidad de la detención que se establecen en los párrafos quinto, sexto y séptimo del artículo 16 Constitucional, la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población, así como el establecimiento de manera expresa de las medidas cautelares en los artículos 17 párrafo séptimo, 16 párrafo catorce, 19 párrafo segundo, 20 apartado B fracción IX párrafo segundo y en el apartado C fracción VI, respectivamente de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁷.

En la legislación secundaria, el 19 de agosto de 2010, se publicó en el DOF, una reforma procesal penal parcial a través de la cual el legislador federal adicionó al entonces vigente Código Federal de Procedimientos Penales el artículo 141 Bis, en el que se establecía que a solicitud fundada y motivada del Ministerio Público, el Juez podría decretar medidas de protección a favor de la víctima u ofendido. Sin embargo, al llevar a cabo el análisis de los contenidos de dicho numeral encontramos que se confundía a las medidas cautelares con las medidas de protección, ya que dentro de las medidas de protección personales contempladas en la fracción I, se encontraban en los incisos “b” –la presentación periódica del sujeto activo ante la autoridad–, “e” –La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal– y “f” –La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre y cuando no se afecte el derecho de defensa–, mismas que se consideran como medidas cautelares, además de las contempladas en la fracción II de dicho numeral –a) El aseguramiento de bienes para reparar el daño causado por el delito; b) La inmovilización de cuentas bancarias y de certificados de acciones y títulos valores, y c) El embargo o secuestro preventivo–.⁸

En el mismo sentido, el 18 de marzo de 2011, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, un Decreto por el que se reformaban y adicionaban diversas disposiciones tanto del Código Penal como del Código de Procedimientos Penales ambos para el Distrito federal. Respecto de este último se adicionó en sus contenidos el artículo 9 Ter, en el que se establecía que: “Para los delitos que impliquen violencia contra las mujeres, una vez iniciada la averiguación previa, el Ministerio Público solicitará al Juez competente que confirme las

⁷ Al respecto, consúltase el contenido de estas disposiciones normativas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸ Al respecto, consúltase el contenido de esta disposición normativa en el Código Federal de Procedimientos Penales.

medidas de protección previamente otorgadas o que conceda las siguientes medidas cautelares”⁹ –sic–.

Cuando se analizaron los contenidos del artículo 9 Ter, se pudo constatar que el legislador del Distrito Federal, más que referirse a medidas cautelares lo que realmente estableció en dicho numeral eran supuestos que la doctrina procesal llama providencias precautorias, cuya finalidad consiste en garantizar la seguridad física y psíquica de las víctimas de delito así como de los testigos que intervengan en el proceso penal. Sin embargo, el hecho de que tanto el legislador federal como el del Distrito Federal, hayan establecido en un capítulo específico medidas tendentes a la protección de las víctimas y al desarrollo adecuado del proceso penal, constituye un avance significativo en la protección de los derechos fundamentales de las personas y la garantía de que se cumplan los fines del proceso penal.

Cabe destacar que en algunos sectores de la dogmática procesal penal suele confundirse a las medidas cautelares con las providencias precautorias, no obstante que en los contenidos del artículo 16 Constitucional se establece con claridad la distinción¹⁰, ya que éstas difieren sustancialmente en cuanto a su finalidad. Las providencias precautorias son instrumentos procedimentales de protección personal, que podrán ser solicitadas a la autoridad jurisdiccional durante el curso del proceso penal, ya sea por parte de la “víctima directa, indirecta o potencial”¹¹, los testigos y, en su caso, el Ministerio Público a favor de éstos, con el objeto de prevenir y evitar que se produzca un riesgo personal sobre ellos. De igual forma, están encaminadas a proteger determinados derechos reales.

Si bien, se ha llegado a afirmar y establecer en diversas legislaciones penales adjetivas, que las providencias precautorias tienen requisitos comunes a las medidas cautelares, debemos dejar asentado que aquéllas no se someten a un mismo régimen de procedencia, mientras que las medidas cautelares se dirigen a evitar la materialización de un riesgo de frustración para los fines del proceso penal –p. ej. Asegurar el peligro de sustracción del imputado, o bien la

⁹ Véase el contenido de esta disposición normativa en el abrogado Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, hoy Ciudad de México.

¹⁰ 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. [...] 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...”.

¹¹ De acuerdo a lo que establece el artículo 4 de la Ley General de Víctimas –publicada en el DOF el 9 de enero de 2013–, también tendrán dicha calidad los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito o la violación de derechos.

obstaculización del desarrollo de la investigación–, las providencias precautorias, se fundamentan en la protección de una persona determinada, y el motivo que las justifica, es el riesgo que representa que el imputado atente en contra de la vida o integridad física o psíquica tanto de las víctimas como de los testigos.

Por otra parte, el 08 de octubre de 2013, se publicó en el DOF, el Decreto por el que se reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para expedir: el Código Nacional de Procedimientos Penales –publicado en el DOF el 05 de marzo de 2014–; la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal –publicada en el DOF el 29 de diciembre de 2014– y la Ley Nacional de Ejecución Penal –publicada en el DOF el 16 de junio de 2016–.

Con la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales –en lo sucesivo CNPP– y con la reforma a 43 artículos del mismo ordenamiento procesal, publicada el 17 de junio de 2016 en el DOF, se ha considerado necesario llevar a cabo un análisis de las diversas figuras procesales que contiene esta ley secundaria, entre ellas el relativo a las medidas cautelares, las cuales se encuentran expresamente establecidas en el libro primero título VI capítulo IV sección I y capítulo V sección I, el cual contempla dos apartados el primero relativo a las medidas cautelares y el segundo, a la autoridad que deberá de llevar a cabo la supervisión de las mismas. Lo anterior, con el fin de interpretar adecuadamente sus contenidos y el tratamiento al que deberán de sujetarse cuando las apliquen los futuros operadores del proceso penal acusatorio.

III. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Es preciso destacar que en todo proceso penal invariablemente se encuentra presente una medida cautelar, por una parte para la protección del debido proceso y por el otro, para que el imputado no esté en posibilidad de realizar actos tendentes a obstaculizar o impedir que se cumplan los fines del proceso. Ante estas situaciones la ley procesal le concede facultades al Juez de Control, para que previa solicitud del Ministerio Público o, en su caso, de las víctimas o de su asesor jurídico, observando en su petición las características propias de las medidas cautelares que a continuación se analizarán, disponga lo conducente para garantizar la protección

del proceso y para que a la conclusión del mismo a través de la sentencia que se dicte sea plenamente eficaz.

1. Jurisdiccionalidad

Del contenido del artículo 153 párrafos primero y segundo del CNPP, se desprende la siguiente característica de las medidas cautelares, esto es, que deberán ser impuestas por el órgano jurisdiccional que previamente haya ajustado su actuación a las reglas de competencia que establece la misma ley procesal penal. Con base en esta característica por ningún motivo el Juez de Control que esté conociendo de un conflicto penal, podrá delegar la decisión de imponer una medida cautelar a otro órgano o autoridad. Por otra parte, los órganos encargados de ejecutarlas, deberán de contar con la debida autorización del Juez de Control que durante el proceso tuvo conocimiento de la causa en la cual se imponen, ya que los derechos fundamentales de las personas solo pueden restringirse, como se sabe, con base en una decisión jurisdiccional, en acatamiento de los principios acusatorio y de reserva judicial propios de un derecho procesal penal de corte liberal.

2. Instrumentalidad

Al aplicarse a un conflicto penal una medida cautelar, no debe perderse por ningún motivo de vista el doble objeto del proceso penal, el cual se cumple cuando se satisface por una parte la pretensión de justicia consistente en la imposición de una pena o bien de una medida de seguridad –de las contempladas en la ley penal sustantiva–, al responsable de haber cometido un hecho que la ley señale como delito y, por la otra, la reparación del daño que se haya causado a la víctima. Con base en lo anterior, una de las características de las medidas cautelares lo constituye la instrumentalidad, ya que solo pueden llegar a imponerse cuando está vigente un proceso penal y se extinguen cuando éste concluye, ya sea porque los fines del proceso no se cumplieron o bien porque la pretensión de justicia ha sido valorada positivamente quedando con ello vigentes los efectos propios de la sentencia que dicte el Tribunal de Enjuiciamiento.

En otras palabras, las medidas cautelares en materia penal no constituyen un fin en sí mismas, sino un medio para el logro de la efectividad de la sentencia que se dicte en el caso concreto, dicho de otra manera constituyen un instrumento del instrumento. No se deja pasar por alto que con ellas, más que procurar que se haga justicia en un conflicto penal lo que se pretende es asegurar la efectividad de la sentencia, garantizando con ello el funcionamiento correcto del

proceso penal. Si a través de la sentencia que se dicta, se hace efectivo el derecho penal sustantivo, las medidas cautelares constituyen el medio idóneo a través del cual la resolución definitiva del juzgador se convierte en eficaz.

3. Variabilidad

Todas las medidas cautelares que imponga el Juez de Control, podrán ser adaptadas, modificadas o dejarse sin efecto en el transcurso del proceso penal respecto de su forma, cantidad de los montos o bien, en cuanto a los bienes que protegen. Todo ello en la medida en que presenten cambios los presupuestos materiales que previamente a su imposición las consideraron necesarias. Es importante destacar que los Jueces de Control que impongan medidas cautelares deberán fundamentarlas y motivarlas debidamente, no olvidando que con ellas se pueden afectar derechos humanos de los imputados. En el mismo sentido, cuando se lleve a cabo su revisión es necesario que se analice si en el momento de su imposición se garantizó la posibilidad formal de interponer el recurso correspondiente –apelación– y la forma en que sustantivamente se manifestó la garantía de defensa como salvaguarda de los derechos humanos del procesado.

Aunado a lo anterior, también las partes afectadas deberán fundamentar y motivar su actuación tanto en las características como en los requisitos en las que se sustentan dichas medidas, con el fin de que se reconsidere o no la necesidad de su vigencia. Ejemplo de ello puede ser la aparición de nuevos hechos o circunstancias antes desconocidos que alteran la relación material respecto al momento en que se otorgó la medida cautelar, ello en términos de lo que establece el artículo 161 del CNPP¹².

Es importante destacar que el Tribunal de Enjuiciamiento cuando dicte una sentencia absolutoria, podrá disponer en forma inmediata el levantamiento de las medidas cautelares que se hubieren decretado en contra del acusado, ordenando que se lleven a cabo las anotaciones que sean necesarias en todo índice o registro público y policial en el que figuren, así como su inmediata libertad sin que puedan mantenerse dichas medidas para la realización de trámites administrativos, en términos de lo que establece el artículo 401 penúltimo párrafo del CNPP –

¹² Artículo 161. Revisión de la medida. “Cuando hayan variado de manera objetiva las condiciones que justificaron la imposición de una medida cautelar, las partes podrán solicitar al Órgano jurisdiccional, la revocación, sustitución o modificación de la misma, para lo cual el Órgano jurisdiccional citará a todos los intervinientes a una audiencia con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de las condiciones o circunstancias que se tomaron en cuenta para imponer la medida y la necesidad, en su caso, de mantenerla y resolver en consecuencia”.

emisión de fallo–.

4. Provisoriedad

Las medidas cautelares se caracterizan, a su vez, por ser generalmente provisionales, ya que su “vigencia depende de un evento contingente **[la vigencia de sus presupuestos materiales; el riesgo de frustración y la obstaculización del desarrollo de la investigación por parte del imputado]**, pero no temporal ni cuantitativamente fijado a priori. Con base en lo manifestado, la provisoriedad se relaciona con otra de las características afirmadas de las medidas cautelares –la variabilidad– y con la doctrina del plazo razonable de duración de las mismas.”¹³ “El plazo razonable de duración de una medida cautelar depende de la regla “más imprecisa, informal y subjetiva de las tres que integran la proporcionalidad: la intervención mínima o inexistencia de alternativa menos gravosa”.¹⁴ Esta característica se desprende también del análisis de los contenidos del artículo 153 del CNPP.

El primer párrafo del artículo 153 establece que las medidas cautelares serán impuestas por “resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento”. Al respecto cabe señalar que el tiempo de duración de las medidas cautelares está sujeto –como ya se mencionó en el párrafo anterior– a un evento contingente, es decir, mientras subsistan los presupuestos materiales que les dieron origen, en otras palabras por ser una de sus características la provisoriedad se considera que el Juez no puede fijar un periodo de tiempo en cuanto a su imposición.

Por ello no existe congruencia con lo que establece el artículo 159 fracción III del mismo CNPP en el sentido de que la resolución que establezca una medida cautelar deberá contener al menos “la vigencia de la medida”. No obstante, en el artículo 165 párrafo segundo del CNPP se establece una excepción a las medidas cautelares personales al establecer que la prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que

¹³ PUJADAS TORTOSA, Virginia, Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso.- Editorial Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S. A., Madrid España, 2008, p. 235. Énfasis y texto añadido por el autor.

¹⁴ Esta idea se explica a partir del siguiente razonamiento: 1.- El tiempo de sustanciación del proceso constituye la ocasión para frustrar el proceso. 2.- La racionalidad de la injerencia estatal en las libertades del hombre obliga, entre otros extremos, a observar una razón suficiente para dicha injerencia que la haga estrictamente necesaria. 3.- Las medidas cautelares penales consisten en una injerencia del Estado en las libertades del individuo con el fin de evitar la materialización de un riesgo de frustración procesal. CONCLUSIÓN: Para valorar la duración justa –o materialmente racional– de estas medidas ha de tenerse en cuenta también la actuación del Estado y el margen u ocasión que dicha actuación deja para que se materialice el riesgo de frustración procesal. Ibídem, pp. 236 y 237.

motivare el proceso pero que 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 dictado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares, quedando con ello dicha medida sometida a priori a un plazo máximo de temporalidad y, no así, a la provisoriedad que caracteriza a todas las demás medidas personales contempladas en el artículo 155 del mismo CNPP.

En el párrafo que se analiza también se menciona que hay que “garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo”. Sin embargo como ya hemos sostenido, las medidas cautelares garantizan los fines del proceso, para tal efecto habrá que acudir a las providencias precautorias cuya finalidad es la protección tanto física como psíquica de las víctimas y de los testigos.

5. Excepcionalidad

En un Estado democrático de derecho el ejercicio del poder represivo, deberá de llevarse a cabo teniendo como base el principio de intervención mínima. Por ello cuando se pretenden garantizar los fines del proceso a través de las medidas cautelares, éstas solo deberán ser impuestas cuando fueren absolutamente indispensables.

Por esta razón la excepcionalidad constituye una característica que permite a los jueces oponerse a la regla general de que durante el proceso penal, necesariamente se debe de procurar que se proceda en contra del imputado cuando se encuentre gozando de su libertad de circulación. Es importante destacar que si durante el transcurso de las diversas etapas del proceso penal no se observa esta característica se vería seriamente afectado el interés del Estado de combatir el abuso excesivo de la prisión preventiva, la cual durante muchas décadas ha sido una de las causas por las cuales se encuentra en crisis el sistema de justicia penal mexicano. Sobre decir que el hecho de utilizar de manera excepcional las medidas cautelares, solo será posible en la medida en que el Ministerio Público al llevar a cabo la recolección de los datos de prueba durante la etapa de investigación, concluya que son suficientes para establecer 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.

Existen en la doctrina procesal algunos puntos de vista que establecen que el derecho a juicio previo y la presunción de inocencia parecieran proscribir la posibilidad de que las medidas

cautelares entre ellas la prisión preventiva pudiera aplicarse. No obstante lo anterior, en todas las legislaciones tanto de países centrales como periféricos, se acepta la existencia de mecanismos de coerción procesal restrictivos de la libertad durante el curso del proceso, que pueden aplicarse siempre y cuando se observen a cabalidad en el caso concreto, las características y los requisitos que son propios de las medidas cautelares. Inclusive, en instrumentos internacionales que reconocen la presunción de inocencia, tal es el caso del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, esta característica se establece en el párrafo segundo del artículo 19 de la CPEUM¹⁵, así como en el artículo 167 párrafos primero y segundo del CNPP¹⁶.

En ese sentido como explica el profesor Julio Maier: “La afirmación del [trato de inocente] no se ha podido sostener al punto de eliminar toda posibilidad de utilizar coerción estatal, incluso sobre la misma persona del imputado, durante el procedimiento de persecución penal pública”¹⁷.

Dicho en otras palabras “el principio de inocencia no excluye, de plano, la posibilidad de decretar medidas cautelares de carácter personal durante el procedimiento. En este sentido, instituciones como la prisión preventiva resultan legitimadas, en principio, siempre que no tengan por consecuencia anticipar los efectos de la sentencia condenatoria sino asegurar los fines del procedimiento”¹⁸.

6. Proporcionalidad

Se considera de suma importancia que el legislador haya establecido de manera expresa en el artículo 156 del CNPP, la que se ha llegado a considerar como la más relevante de las características de las medidas cautelares, la “proporcionalidad”, la cual se encuentra contemplada

¹⁵ 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 delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

¹⁶ Artículo 167. Causas de procedencia. El Ministerio Público sólo podrá solicitar al Juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexas en los términos del presente Código.

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

¹⁷ Citado por HORVITZ LENNON, María Ines /LÓPEZ MASLE, Julián, Derecho procesal penal..., 2002, p. 83.

¹⁸ Ídem.

como principio en el artículo 22 Constitucional párrafo primero, el que a su vez se vincula en su aplicación cuando concluye un proceso penal con el principio de la racionalización de las penas y las medidas de seguridad, mismo que debe ser observado en la criminalización primaria que lleva a cabo el legislador al dar origen a los tipos penales y a sus punibilidades. Igualmente se encuentra presente en las solicitudes de medidas cautelares que lleva a cabo el Ministerio Público como cuando las mismas las impone el Juez de Control.

Parte de la doctrina procesal considera que la proporcionalidad no es una característica que distinga a las medidas cautelares ya que su aplicación puede presentarse en toda medida restrictiva de derechos, pero en materia penal más que un principio constituye una “regla de aplicación”, y esto es así porque se le considera como un instrumento de control de cualquiera de los actos de los poderes del Estado y si el poder represivo se lleva a cabo a través del proceso penal, la misma habrá de aplicarse sobre todos aquellos actos de carácter procesal que impliquen un ejercicio del poder penal. De manera específica la proporcionalidad es el margen de discrecionalidad del órgano jurisdiccional el cual al resolver sobre la imposición de medidas cautelares, deberá de tener presente la dogmática de la ponderación como método de interpretación judicial, mismo que sirve como límite a cualquier afectación de derechos humanos.

El principio de proporcionalidad también llamado de prohibición de exceso, constituye una garantía cuando los órganos que forman parte del sistema de justicia penal, pretendan lesionar los derechos fundamentales de las personas, y se sustenta en dos presupuestos, uno de carácter formal, constituido por el principio de legalidad en materia penal y otro material de justificación teleológica: “El primero exige que toda medida restrictiva de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley –los jueces cuando las adopten deben ajustar su actuación a aquellas medidas que tengan un sustento legal–. Es un presupuesto formal porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos.

El segundo presupuesto, de justificación teleológica, es *material* porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las injerencias del Estado, los valores que trata de salvaguardar la autoridad actuante y que precisan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos. El

principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de los derechos tienda a la consecución de fines legítimos” o sea, de aquéllos que reclama la sociedad.

IV. JUICIOS DE VALORACIÓN PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR

Por otra parte, cuando el Ministerio Público, las víctimas o su asesor jurídico pretendan con base en lo que establece el artículo 156 del CNPP¹⁹, solicitar la imposición de una medida cautelar, o bien el Juez de Control al concederla deberá de observar los siguientes juicios de valoración, a través de los cuales previa fundamentación, motivará de manera correcta la restricción de la libertad de circulación de una persona o bien la afectación de su patrimonio:

- **Primer juicio de valoración: Idoneidad de la medida cautelar**

La doctrina procesal considera que en el momento en el que se pretenda adoptar una medida cautelar, debe de exigirse que se respeten y observen los presupuestos legales y formales señalados anteriormente, pero además se deben de afirmar los siguientes presupuestos materiales: La existencia de un proceso penal así como de un imputado; que el proceso penal requiera ser protegido; que existan elementos de prueba suficientes para constatar la posibilidad de la existencia de un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que en ese hecho participó una persona y, que el riesgo en el que se encuentre el proceso, mismo que justifica la protección pueda ser materializado por el imputado.

En consecuencia, si en el caso concreto se afirman los presupuestos materiales, la necesidad de hacer un uso efectivo y concreto de las medidas cautelares vendrá dada por la aplicación de la proporcionalidad, lo que implica la realización de diversos juicios de valoración.

En un primer juicio de valoración se deben de examinar además de las medidas cautelares que se encuentran contempladas en el artículo 155 del CNPP, otro tipo de medidas como pueden ser las medidas de protección a las que se refiere el artículo 137 del CNPP, con el fin de

¹⁹ 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.

compararlas con la medida cautelar que se pretenda imponer, sin que deba perderse de vista que sea la más adecuada para lograr el fin que se propone proteger, por lo que “el grado de eficacia que debe exigirse a la medida deberá ser valorado en cada supuesto concreto, atendiendo para ello a los tres requisitos siguientes:

- 1) La medida debe ser por su naturaleza la más apta para la consecución del fin.
- 2) Su duración debe de estar en estrecha relación con su finalidad.
- 3) El sujeto al que se dirija la medida ha de estar debidamente individualizado”²⁰.

▪ **Segundo juicio de valoración: Necesariadad de la medida cautelar**

A través de un segundo juicio de valoración se pretende que la medida y/o medidas cautelares que soliciten el Ministerio Público y las víctimas o sus asesores jurídicos, o bien que impongan los Jueces de Control, se examinen con imparcialidad respecto de aquellas medidas que previamente se consideraron como idóneas, es decir, se debe de estar a las que sean más eficaces pero que a su vez de manera mínima restrinjan o lesionen los derechos humanos del imputado. Para realizar este juicio de valoración se deberá de considerar:

- 1) Que se trata de un ejercicio comparativo, pues se produce por cotejo de los distintos instrumentos incluidos en el listado de medidas idóneas.
- 2) Que constituyen parámetros para valorar la menor lesividad: la calidad o intensidad del peligro –cuya materialización ha de evitar la medida que se adopte–; el contenido –cualitativo y cuantitativo– de las distintas medidas idóneas y, los efectos –directos e indirectos– asociados a la imposición de cada una de estas medidas²¹.

▪ **Tercer juicio de valoración: proporcionalidad en sentido estricto**

El tercer juicio de valoración lo deben de llevar a cabo los órganos que intervengan en el proceso, una vez que han realizado los juicios de valoración relativos a la idoneidad y a la necesidad y así cumplir con la solicitud y aplicación de una medida cautelar en un caso concreto durante el transcurso del proceso penal. Por lo anterior, el Juez de Control al resolver sobre su imposición deberá de tener presente la dogmática de la ponderación como método de interpretación

²⁰ NOYA FERREIRO, M^a. Lourdes, Presupuestos Constitucionales de las Medidas de Intervención de las Comunicaciones, Universidad de Santiago de Compostela, Dereito, Vol. 8. N° 2: 145-166-1999, p.151.

²¹ PUJADAS TORTOSA, Virginia, Teoría general..., 2008, p. 223.

judicial, misma que sirve como límite a cualquier afectación de derechos humanos.

Para llevar a cabo lo anterior se requiere que exista un equilibrio entre dos imperativos constitucionales, por una parte el ejercicio del poder represivo del Estado a que están obligados los sectores de procuración y administración de justicia para garantizar la seguridad jurídica de las personas, y por la otra la protección de los derechos humanos de los destinatarios de las medidas cautelares, mismos que no están obligados a soportarlas cuando no son razonables con la actuación del Estado cuyo objetivo se traduce en el logro de los fines del proceso.

Con base en lo anterior, cuando el Estado pretenda intervenir la esfera de los derechos humanos de los imputados a petición del Ministerio Público, de las víctimas o de sus asesores jurídicos, con el fin de proteger otros derechos fundamentales o bienes jurídicos que por su importancia permitan una vida ordenada en comunidad, el Juez de Control deberá de llevar a cabo el análisis de las características y de los juicios valoración que establece la proporcionalidad, sin perder de vista los requisitos también llamados presupuestos de las mismas consistentes en la imputación penal también llamada apariencia de buen derecho –*fumus boni iuris*– y el peligro de retardo –*periculum in mora*–.

V. REQUISITOS O PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El Ministerio Público al solicitar durante la fase de investigación complementaria y el Juez de Control para conceder alguna medida cautelar, deberán de motivar sus resoluciones con base en los requisitos o presupuestos siguientes: La imputación penal también conocida por algún sector de la doctrina procesal penal como apariencia de buen derecho y en el peligro de retardo, que junto con la observación estricta del principio de legalidad procesal y las características de las medidas cautelares antes mencionadas garantizan en el caso concreto de mejor manera los fines del proceso penal, esto es, el correcto establecimiento de la verdad material y la actuación de la ley penal sustantiva.

1. La imputación penal

La imputación penal es un acto del proceso penal de acuerdo a lo que establece el artículo 309 del CNPP²², mediante el cual el órgano investigador al atribuirle a un indiciado la comisión

²²Artículo 309. Oportunidad para formular la imputación a personas detenidas. La formulación de la imputación es 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.

de un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que participó en su comisión, tiene como finalidad dar vida a un proceso penal cuyo efecto es el de que se constituya la calidad o el estado jurídico de una persona como imputado. Derivado de lo anterior el concepto de imputado indica una restricción por parte del poder del Estado a la libertad de las personas que se ven involucradas en un proceso de carácter penal.

Conforme al numeral antes mencionado la formulación de la imputación es un acto procesal que se presenta en la audiencia inicial –propia de la fase de investigación complementaria–, siempre y cuando la investigación se inicie sin detenido. Sin embargo, cuando el Ministerio Público pone a disposición del Juez de Control a un indiciado con motivo de que en el caso concreto se actualizó alguno de los supuestos de flagrancia legalmente permitidos o bien, una detención por caso urgente –figuras procesales a la que se refieren el párrafo quinto y decimo ambos del artículo 16 de la CPEUM–, el primer acto procesal de la audiencia inicial lo constituye el control de legalidad de la detención del indiciado, tal y como lo establece el artículo 308 del CNPP.

Por lo anterior, con la imputación penal nace el proceso penal, por lo que la misma constituye un acto procesal que prescribe “un régimen formal que, dándole oportuna importancia, acentúe su valor y asegure su ponderación”²³ a la parte instrumental que es el órgano investigador, como titular de la formulación de la pretensión de justicia.

Ahora bien, al llevar a cabo el análisis de algunos criterios doctrinales acerca de lo que significa en materia procesal penal la apariencia de buen derecho, que es uno de los requisitos o presupuestos que el Ministerio Público tiene que observar, para que se pueda solicitar alguna de las medidas cautelares que contempla la ley durante el proceso, se llega a la conclusión de que sus contenidos coinciden con los contenidos de la imputación penal, la cual consiste en un juicio de posibilidad acerca de la existencia 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 imputado lo cometió o participó en su comisión ya sea en su carácter de autor o bien como partícipe. Cabe destacar que si no se presenta este requisito o presupuesto, por ningún motivo podrá decretarse medida cautelar alguna, aceptar lo contrario traería como consecuencia una violación flagrante a los derechos humanos de una persona.

²³ CARNELUTTI, Francesco, Cuestiones sobre el proceso penal, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Librería El Foro, Buenos Aires, Argentina, p. 141.

2. Peligro en la demora procesal

En cuanto al término “demora”, estamos ciertos como lo menciona Virginia Pujadas Tortosa que no debe de entenderse “como retraso anormal en la sustanciación del proceso, sino sólo como tiempo necesario para llevar a cabo los actos que lo componen, que si los efectos previstos en el derecho sustantivo (penal o civil) pudieran ser aplicados por el Estado sin comprobación previa de su procedencia, no sería necesaria la tutela cautelar. Pero esa posibilidad es una ficción, más aún en un sistema que pretenda ser mínimamente garantista”²⁴.

Un sector de la doctrina en materia cautelar, considera al peligro en la demora procesal, como uno de los fundamentos de las medidas cautelares el cual “se compone de un elemento objetivo que tiene como función identificar lo que debe protegerse del proceso a través de aquellas medidas, conocido como riesgo de frustración y otro subjetivo, que viene a ser un indicador de quién o de quienes debe protegerse el proceso mediante la tutela cautelar penal, llamado peligrosidad procesal del imputado”²⁵. Al riesgo de frustración también se le define como “la eventual ausencia de un requisito sustantivo del proceso”²⁶ y a la llamada “peligrosidad procesal” del imputado –término con el que no estamos de acuerdo porque en nuestro concepto constituye una reminiscencia del positivismo criminológico–, como “la cualidad de una persona que hace presumir fundadamente que violará el derecho”²⁷.

Con base en lo anterior, consideramos que al encontrarse contemplado en el artículo 168 del CNPP, el peligro de sustracción del imputado, el mismo constituye un riesgo procesal que afectaría el curso normal del proceso. Por otra parte en el artículo 169 del mismo ordenamiento jurídico al establecerse el peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación, se considera que si el Juez de Control analiza la aptitud y actitud mostrada por el imputado antes y durante el proceso, puede constatar si existe la posibilidad de que en caso de obtener su libertad realice actos que lleven a la frustración del proceso, como podrían ser la destrucción de los indicios materiales encontrados en el lugar de los hechos, de su hallazgo, o bien aquellos derivados de una revisión o examen corporal que por sus características, indiquen que existe la probabilidad de que tengan alguna relación con la comisión del hecho señalado por la ley como

²⁴ PUJADAS TORTOSA, Virginia, Teoría general..., 2008, p. 110.

²⁵ *Ibíd.*, p. 57.

²⁶ *Ibíd.*, p. 60.

²⁷ *Ibíd.*, p. 64.

delito o bien la posibilidad de que atente en contra de las víctimas o de los testigos a quienes les conste la forma como sucedieron los hechos.

Con base en todo lo anterior, el Juez de Control en el caso concreto deberá de atender con la debida diligencia la solicitud de medidas cautelares, así como todos los antecedentes que le presente el Ministerio Público, la víctima o su asesor jurídico, para que pueda determinar si concurren criterios básicos de razonabilidad que permitan valorar y compulsar los elementos de prueba que presentan los sujetos del procedimiento que tengan la calidad de parte, de manera que la Jurisdicción Constitucional no pueda ingresar al ámbito del proceso penal.