

Medidas Cautelares y otros temas relevantes

Medidas Cautelares: Necesarias para garantizar el debido proceso

Daniel Espinosa Ramírez

Principios rectores de las Medidas Cautelares

Alfredo Cárdenas Delgado

Análisis de las Medidas Cautelares previstas en el CNPP

Pablo Picazo Fosado

La prisión preventiva oficiosa y justificada como Medida Cautelar

Joel de Jesús Garduño Venegas

La especialización en la legislación de justicia juvenil

Sadot Javier Andrade Martínez

Justicia restaurativa (Objetivo, principios y etapas)

Martín Gerardo Ríos Castro

Nova Iustitia

Revista Digital de la Reforma Penal

Año V, No. 20, Agosto 2017



TSJCDMX



CJCDMX

Nova Iustitia

Revista digital de la Reforma Penal

Director General

Jorge Martínez Arreguín

Directora Editorial

Paola Arízaga Castro

Comité Editorial

Dr. Fernando García Cordero

Dr. Germán Guillén López

Mtro. Jorge Arturo Gutiérrez Muñoz

Mtro. José Gómez González

Lic. Marco Antonio Velasco Arredondo

Dr. Paul Martín Barba

Dr. Raúl Guillén López

Corrección

Paola Arízaga Castro

Colaboradores

Daniel Espinosa Ramírez

Alfredo Cárdenas Delgado

Pablo Picazo Fosado

Luis Alberto Rocha Priego

Leticia Ramírez Jara

Moisés Prats Villers

Adrian Macías Romero

Ángel Ángeles Trujillo

Joel de Jesús Garduño Venegas

Ciro Betancourt García

Sadot Javier Andrade Martínez

María del Rosario Tirado Gutiérrez

Martín Gerardo Ríos Castro

Belém Bolaños Martínez

Júpiter López Ruiz

Derechos Reservados a favor de *Nova Iustitia* revista digital de la Reforma Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, Año V, No. 20, Agosto 2017, es una publicación trimestral editada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, Niños Héroes No. 132, colonia Doctores, delegación Cuauhtémoc, C.P. 06720, Tel. (55) 5134 1100 ext. 4922, http://www.poderjudicialdf.gob.mx/es/PJDF/Revista_electronica_Nova_Iustitia,unesirp.revista@gmail.com, Editor responsable: Dr. Jorge Martínez Arreguín Consejero de la Judicatura de la Ciudad de México, ISSN: 2007-9508, Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2013-121712284100-102, ambos otorgados por INDAUTOR, Responsable de la última actualización de este número, Unidad Especial para la Implementación de las Reformas Constitucionales en Materia Penal, Lic. Paola Arízaga Castro, Avenida Juárez No. 8, piso 16 colonia Centro, delegación Cuauhtémoc, C.P. 06010, fecha de última modificación agosto de 2017.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación, ni del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México.

CONTENIDO

	Página
Editorial.....	6
Medidas Cautelares: Necesarias para garantizar el debido proceso..... Daniel Espinosa Ramírez	8
Principios rectores de las Medidas Cautelares..... Alfredo Cárdenas Delgado	20
Análisis de las Medidas Cautelares previstas en el artículo 155 del <i>Código Nacional de Procedimientos Penales</i>..... Pablo Picazo Fosado	36
Revisión de las Medidas Cautelares, bajo supuestos de variación de las condiciones objetivas que generaron su imposición, así como derivado del reporte de incumplimiento y oportunidad probatoria, en ambos casos..... Luis Alberto Rocha Priego	57
La participación de los diferentes sectores de la sociedad en la actuación de la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México..... Leticia Ramírez Jara	85
Uso de herramientas tecnológicas para facilitar los procesos de la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México..... Moisés Prats Villers, Adrián Macías Romero, Ángel Ángeles Trujillo	98
La prisión preventiva oficiosa y justificada como medida cautelar..... Joel de Jesús Garduño Venegas	107
Prisión preventiva oficiosa en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos..... Ciro Betancourt García	135
La especialización en la legislación de justicia juvenil..... Sadot Javier Andrade Martínez	155

Breves reflexiones sobre la fase escrita en la etapa intermedia en los procesos acusatorios de los adolescentes.....	178
María del Rosario Tirado Gutiérrez	
Justicia Restaurativa (Objetivo, principios y etapas).....	198
Martín Gerardo Ríos Castro	
La actuación jurisdiccional ante la noticia de tortura.....	224
Belém Bolaños Martínez y Júpiter López Ruiz	

EDITORIAL

El sistema procesal penal acusatorio ha representado un verdadero cambio tanto para las instituciones encargadas de la procuración y administración de justicia como para la sociedad, ya que dicho sistema conlleva un nuevo modelo procesal y exige a los operadores, transformar sus prácticas, así como un cambio de perspectiva sobre la innovación de ciertas figuras.

Conforme a lo señalado por el artículo 20 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, el sistema procesal penal acusatorio tiene por objeto 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. Así pues, tenemos que el fin primordial que persigue el referido sistema es la resolución del conflicto penal mediante un proceso que respete y sea garante de los derechos de las personas imputadas, así como reducir en la mayor medida posible la privación de la libertad, otorgando privilegio al principio de *presunción de inocencia*.

En ese sentido, el *Código Nacional de Procedimientos Penales* establece XIV medidas cautelares que pueden ser impuestas por los juzgadores en pleno respeto de los derechos humanos y procesales de las víctimas y de las personas imputadas, las cuales tienen como finalidad asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento. Adicionalmente, el referido Código otorga a las autoridades competentes —Unidades de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso—, de la Federación, o bien de las entidades federativas, la facultad de vigilar el cumplimiento del mandato emitido por la autoridad judicial.

Derivado de lo anterior, a partir de 16 de enero de 2015, — fecha en que se introdujo al régimen jurídico de la Ciudad de México el Sistema Procesal Penal Acusatorio—, comenzó a operar la Unidad

de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso, respecto de los delitos culposos y aquellos que se persiguen por querrela o acto equivalente de parte ofendida, así como los actos de investigación que requieran la autorización previa del juez de control, inherentes a esos delitos, y posteriormente, el 16 de junio de 2016 se aplicó para todos los demás delitos que son competencia de los jueces de la Ciudad de México.

Como resultado de lo anterior, desde la entrada en operación del sistema acusatorio han sido solicitadas, impuestas y modificadas diversas medidas cautelares con la finalidad de garantizar la continuidad del proceso, así como de proteger a personas vulnerables o que se encuentran en riesgo, de acuerdo a las particularidades de cada situación y atendiendo a la naturaleza del riesgo y del daño que se pretende evitar.

Es así, que con el objetivo de promover un espacio de intercambio de opiniones, en *Nova Iustitia* nos dimos a la tarea de seleccionar temas de interés a partir de la experiencia adquirida por los operadores, contenidos relacionados con las medidas cautelares y la prisión preventiva oficiosa, así como tópicos referentes al Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, la Justicia Restaurativa y la actuación jurisdiccional ante la noticia de tortura.

Finalmente, queremos agradecer una vez más la participación de todos nuestros colaboradores quienes al compartir sus experiencias permiten que *Nova Iustitia* siga transmitiendo los resultados de las prácticas que todos aquellos que desde sus trincheras aportan lo mejor para favorecer nuestro sistema de justicia, por nuestra parte, en el Poder Judicial de la Ciudad de México seguimos y seguiremos trabajando arduamente en favor de la justicia y los derechos humanos para la construcción de una mejor sociedad.

Jorge Martínez Arreguín
Agosto de 2017.

MEDIDAS CAUTELARES: NECESARIAS PARA GARANTIZAR EL DEBIDO PROCESO

Daniel ESPINOSA RAMÍREZ*

SUMARIO: Introducción; **I.** Las medidas cautelares en el proceso penal acusatorio; **II.** La apariencia del buen derecho y las medidas cautelares; **III.** La prisión preventiva como medida cautelar; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Introducción

El antiguo sistema procesal penal, se caracterizaba por reunir en la persona del juez las funciones de investigar y fallar, impidiendo la imparcialidad, presupuesto básico para el debido proceso. Todos los actos eran escritos y secretos, en donde los intervinientes del proceso tenían una participación pasiva, así como escaso contacto con el juez.

La etapa de investigación, se realizaba en forma secreta y en la mayoría de los casos, sin las debidas formalidades. Sólo la policía ministerial recibía órdenes para investigar, pero nunca realizaba dicha actividad, lo que originaba una deficiencia sobre la forma en que se desarrollaba la indagación. Esta investigación se constituía en la etapa más importante, pues las pruebas aquí aportadas constituían la base para la sentencia. Por otro lado, ésta etapa era muy ritualista, rígida y formalizada, hecho que disminuía su eficacia.

Concluida la investigación, el tribunal podía someter a proceso a uno o más sujetos determinados, basado en sólo presunciones de participación. Esto se transformaba en una etapa central del proceso y se producía una relación automática entre el sometimiento a proceso y la prisión preventiva, aunque al final se probare la inocencia del acusado. La prisión preventiva se caracterizaba, por la amplitud de las causas legales que autorizaban su procedencia y la amplia interpretación jurisprudencial de la que era objeto, convirtiéndose en regla general frente al derecho de libertad individual.

Además, el criterio para determinar la prisión preventiva, lejos de cumplir con los fines del procedimiento, que es asegurar la permanencia del imputado en el

* Licenciatura, Maestría y Doctorado en *Derecho* por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Cuenta con 18 años de trayectoria en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, donde ha desempeñado, entre otros, los siguientes cargos: Secretario Actuario, Secretario de Acuerdos, Juez de Paz Penal, Juez de Delitos No Graves. Actualmente se desempeña como Juez Penal del Sistema Procesal Penal Acusatorio de la Ciudad de México.

juicio, cumplía funciones de pena anticipada y de carácter preventivo, ajenos al texto constitucional.

Finalmente, la mayoría de las pruebas que se recopilaban y analizaban, se realizaban en una etapa secreta, que constituía la base para acusar o absolver a una persona. En pocas palabras, no existían las medidas cautelares diversas a la prisión preventiva, pues no existía fundamentación específica para su procedencia, ya que eran consecuencia automática del auto de formal procesamiento.

En el sistema procesal penal acusatorio se separan las funciones de investigar, acusar y fallar, siendo esta última la labor del juez. La etapa de investigación, y a posterior de acusación, queda a cargo de un órgano llamado Ministerio Público, que conduce la persecución penal y posee discrecionalidad reglada para abandonar o ejecutar esta persecución, pudiendo derivar en un juicio oral.

En el nuevo sistema, ésta etapa es una fase meramente preparatoria que determina el curso posterior del caso y no tiene un carácter probatorio sino sólo un valor informativo; es una fase desformalizada y desjudicializada, puesto que es realizada por los órganos administrativos.

En la etapa de investigación se deben seleccionar qué casos se investigarán, según parámetros de un sistema penal racional. Una vez

determinados los casos a investigar, los fiscales deberán velar por la correcta aplicación de las salidas alternativas y propender a una eficaz investigación y acumulación de pruebas en el evento de una acusación y juicio oral, debiendo atender e informar adecuadamente a las víctimas y brindar protección si es necesario.

En la investigación, una vez que se requiere de la adopción de medidas que signifiquen la afectación de los derechos del imputado y que según la Constitución y ley requieren la intervención judicial, se produce la formalización de la investigación en que se realiza la imputación por el fiscal acerca de determinados hechos.

Esta actuación se considera el adecuado sustituto del sometimiento a proceso, manteniéndose el contenido de garantía para el afectado, puesto que le permite conocer la imputación, designársele un defensor si no lo tiene y el fiscal queda limitado por los hechos incluidos en la imputación, no pudiendo ampliarse en la acusación.

I. Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal Acusatorio

Todo proceso tiene como fin, la eficacia de la persecución penal y garantía de los derechos esenciales del imputado en la resolución del conflicto penal. Así, para poder cumplir a cabalidad estos objetivos, es que surge el concepto de medida cautelar como sistema de autodefensa

del ordenamiento jurídico, que asegura la consecución del proceso, ante el posible daño jurídico (en la medida en que quede en libertad y oculte la verdad o provoque la inaplicabilidad de la ley penal), pues la función jurisdiccional debe juzgar, y poder ejecutar lo juzgado.

Éstas medidas se establecen con un carácter excepcional, debiendo existir proporcionalidad entre la utilidad de ellas en la persecución penal, frente a la afectación de los derechos del imputado —investido de la presunción de inocencia—, no pudiendo en principio sufrir ningún detrimento respecto del goce y ejercicio de todos sus derechos individuales, en tanto éstos no se vean afectados por la imposición de una pena.

Este aspecto de las medidas cautelares, trae consigo la necesidad de que sea el Ministerio Público (excepcionalmente la víctima, a través de su asesor jurídico) el que solicite la imposición de medidas cautelares específicas —que restringen los derechos del imputado—, las que se discuten por las partes técnicas y es finalmente el juez quien las determinará, cuando ello parezca indispensable para garantizar su comparecencia futura a los actos del procedimiento, para proteger el desarrollo de la investigación, para proteger a las víctimas o a la sociedad.

Así, se crearon medidas cautelares personales, distintas de la

prisión preventiva, que deben ser utilizadas con preferencia a ésta, si el objetivo perseguido puede ser cumplido razonablemente con restricciones a la libertad (de menor lesividad).

«En la investigación, una vez que se requiere de la adopción de medidas que signifiquen la afectación de los derechos del imputado y que según la Constitución y ley requieren la intervención judicial, se produce la formalización de la investigación en que se realiza la imputación por el fiscal acerca de determinados hechos.

Esta actuación se considera el adecuado sustituto del sometimiento a proceso, manteniéndose el contenido de garantía para el afectado, puesto que le permite conocer la imputación, designársele un defensor si no lo tiene y el fiscal queda limitado por los hechos incluidos en la imputación, no pudiendo ampliarse en la acusación.»

I.1 Concepto de Medidas Cautelares

Las medidas cautelares imponen limitaciones del derecho a la libertad personal reconocida en el ordenamiento jurídico, para asegurar al imputado en el proceso penal.

También, a las medidas cautelares se les define como la «aplicación de la fuerza pública que coarta las libertades reconocidas por el ordenamiento jurídico que pretende el resguardo de los fines que persigue el mismo procedimiento y averiguar la verdad y la actuación de la ley sustantiva o en la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye el objeto del procedimiento»¹.

O bien, se les considera como «aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad personal, que pueden adoptar en tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento»².

«Son medidas restrictivas de la libertad personal de aplicación preferente a la medida de prisión preventiva, que pueden ser decretadas durante la sustanciación de un proceso penal, con el objeto de

asegurar los fines del procedimiento»³.

I.2 Principios de las Medidas Cautelares

Estos principios determinan el equilibrio entre los fines del procedimiento y los derechos fundamentales de los individuos.

Presunción de Inocencia: Es el principio rector e inspirador de todo el proceso penal acusatorio. Es por esto que las adopciones de medidas cautelares deben establecerse con excepcionalidad y con su completa subordinación a los objetivos de la persecución penal.

Legalidad: Las medidas cautelares sólo se podrán aplicar cuando estén reguladas en los casos y formas determinados por la Constitución y las leyes.

Jurisdiccionalidad: Este principio señala que las medidas sólo pueden ser decretadas por el Órgano Jurisdiccional competente, por medio de resolución judicial fundada. Con respecto a este punto, existen excepciones expresamente señaladas por la misma Constitución y las leyes en que podrá practicarse la detención por particulares o por policías.

Provisionalidad: En relación a la duración de las medidas, el juez debe ponderar la mantención de las medidas coercitivas, que sólo podrán subsistir, mientras se den los presupuestos para su aplicación.

¹ GITTERMANN MONTENEGRO, Leila Y., *Medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal*, Universidad Católica de Temuco, Chile 2003, p. 8.

² *Ídem.*

³ *Ibidem.*, p. 79.

Proporcionalidad: Es la relación entre la medida decretada y el fin propuesto. Este principio se basa en considerar a la libertad como criterio de normalidad y la privación de libertad como excepción. Pues la libertad se consagra como uno de los valores esenciales y su restricción sólo será posible en los casos y en la forma prevista por la Constitución y las leyes que de ella deriven. De manera que la prisión preventiva debe decretarse sólo en los casos que sea procedente para los fines del proceso, siendo la regla general la imposición de las medidas cautelares de menor intensidad.

I.3 Características de las medidas cautelares

Excepcionalidad: Las medidas cautelares no siempre deberán decretarse, sino sólo en la medida que sea necesario para cumplir con los fines del procedimiento.

Instrumentalidad: Es la nota característica más importante de éstas medidas, porque permite distinguirlas de otras medidas similares, ya que las medidas cautelares no constituyen un fin en sí mismas, sino que están invariablemente vinculadas al proceso penal.

Homogeneidad: Referido a que, si bien, no tienen el carácter de pena anticipada, son similares a la restricción de la libertad; y para el caso de la prisión preventiva, debe cumplirse en recintos penitenciarios

separados de los condenados. Por otro lado, también existe homogeneidad en cuanto a que el tiempo de privación de libertad se abona a la pena que deberá cumplir.

A petición de parte: En atención al principio acusatorio, las medidas cautelares no pueden ser decretadas de oficio por el juez (salvo sus excepciones), sino que siempre deben ser a petición del Ministerio Público, y en su caso la asesoría jurídica.

II. La apariencia del buen derecho y las medidas cautelares

Los presupuestos de procedencia de las medidas cautelares, deben estar orientados a los fines del procedimiento, para no desvirtuar su naturaleza, para ello, deben existir antecedentes que justifiquen la existencia de un hecho punible y antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido algún grado de participación en el mismo para aplicarlas.

Esto, por cuanto no basta con una apariencia simple de buen derecho, sino que deben acreditarse los peligros concretos que amenacen la efectividad del proceso, tanto en su aspecto formal, como sustantivo, referido al hecho punible y participación atribuidas. Esto no significa que la audiencia en que se soliciten las medidas cautelares se conviertan en una audiencia de prueba, sino que deben aportarse elementos de convicción que se obtengan por parte del Ministerio

Público, que justifiquen la solicitud de las medidas.

Como es sabido por todos nosotros, las medidas cautelares tienen como finalidad, evitar que la libertad del imputado provoque su incomparecencia en el proceso, impidiendo que éste cumpla sus objetivos. Además, también se persigue evitar el peligro de afectación de las diligencias de la investigación, de la seguridad de la sociedad y del ofendido.

Estos dos requisitos constituyen las principales exigencias para poder decretar una medida cautelar dentro del proceso penal. Para la adopción de las medidas cautelares, debe cumplirse con ambos requisitos.

«Los presupuestos de procedencia de las medidas cautelares, deben estar orientados a los fines del procedimiento, para no desvirtuar su naturaleza, para ello, deben existir antecedentes que justifiquen la existencia de un hecho punible y antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido algún grado de participación en el mismo para aplicarlas.»

Existen distintas tendencias, que estiman no necesaria la concurrencia de los dos requisitos, para la adopción de estas medidas. Lo cierto es que, para efectos cautelares aparecen indisolubles estos dos presupuestos.

En primer lugar, porque la apariencia de buen derecho, no puede por sí misma determinar la adopción de una medida cautelar, puesto que el peligro de un perjuicio, derivado de la tardanza en la emanación de una medida cautelar, constituye su fundamento más importante, ya que sin este eventual perjuicio que se ocasionara, no sirve de nada tener elementos probatorios de la pretensión ministerial, si la demora no se da en forma absoluta, o si los riesgos que amenacen la eficacia de la medida no sean inminentes.

Por otro lado, un peligro en la demora, tampoco es concebible, si pensamos que este temor, si bien no es preciso probarlo plenamente, se debe tener al menos antecedentes que demuestren la probabilidad de que el imputado participó o cometió un hecho con apariencia de delito.

Así, podemos establecer válidamente, que no hay propiamente perjuicios o riesgos de ineficacia susceptibles de proteger por una medida cautelar, si el derecho aducido no parece correcto, pudiendo sostener incluso que, debido a esta estrecha relación, el peligro en la tardanza, sería el único presupuesto genérico, para la adopción de las medidas cautelares, toda vez que su

adopción comprende indefectiblemente a la apariencia del buen derecho.

II.1 Peligro de sustracción del imputado

El artículo 168 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, señala las circunstancias que debe tomar en consideración el Juzgador, para decidir si está garantizada o no la comparecencia del imputado al proceso.

De ello se extrae válidamente, que debe considerarse el arraigo en el domicilio, residencia o asentamiento de la familia, así como la facilidad que tenga para huir del lugar u ocultarse.

También debe considerarse el máximo de la pena establecida por el legislador al hecho señalado como delito por la ley de que se trate. Puede considerarse también por el juzgador el comportamiento del imputado posterior al hecho, así como el comportamiento del mismo en ése o en otro procedimiento.

Además, se puede tomar en cuenta la desobediencia a otras medidas cautelares ya imputados anteriormente, o bien, la inobservancia a anteriores citaciones realizadas por el propio Ministerio Público o el Juez.

II.2 Peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación

Para el éxito de la investigación, no debe permitirse que el imputado obstaculice la misma mediante

destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba o, tampoco inducir a co-imputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para el caso de tener sospecha de lo anterior, debe tutelarse el éxito de la investigación a través de medidas cautelares, pues la violación de aquella, impediría la concreción de los fines del procedimiento. En la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, se señala que se podrá restringir la libertad del imputado en los casos en que el juez la estime necesaria para el desarrollo de la investigación, pero ello no implica que para garantizar el desarrollo de la investigación se deba recurrir únicamente a la medida cautelar de prisión preventiva, cuando existen otras medidas cautelares, contempladas en el numeral 155 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* que, de imponerse, permiten lograr el éxito de la investigación.

II.3 Peligro para la seguridad de la víctima u ofendido o testigos

Debemos de entender por peligro para la seguridad de la víctima u ofendido, cuando existieren antecedentes o registros que permitieren presumir que el imputado atentará en contra de aquél, en contra de su familia, en contra de los testigos de los hechos o de los bienes de ambos.

El fundamento de este riesgo, lo encontramos en el numeral 170 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

II.4 Peligro para la seguridad de la sociedad

Debe resguardarse a la sociedad, ante el peligro de que, en caso de obtener su libertad el imputado, siga cometiendo hechos señalados como delito por la ley, pues se presume el peligro para la sociedad, ante la conducta previamente realizada por el imputado en contra de diversas personas, como pueden ser menores de edad, personas en situación de riesgo o personas que, por su condición, representen un alto grado de vulnerabilidad.

La aplicación de medidas cautelares, para garantizar la seguridad de la sociedad, atiende al criterio de que, por la reiteración de conductas del imputado (por procesos o condenas anteriores), la misma sociedad exige una respuesta más eficaz por parte del Estado frente a la delincuencia, lo que permite una mayor invocación de esta causal, para la aplicación de medidas cautelares.

Esto implicaría un criterio de prevención especial y defensa social ante la posible participación del imputado en conductas señaladas como delito por la ley; lo que, en concepto del suscrito, no deja de lado su finalidad cautelar.

«La aplicación de medidas cautelares, para garantizar la seguridad de la sociedad, atiende al criterio de que, por la reiteración de conductas del imputado (por procesos o condenas anteriores), la misma sociedad exige una respuesta más eficaz por parte del Estado frente a la delincuencia, lo que permite una mayor invocación de esta causal, para la aplicación de medidas cautelares.»

III. La prisión preventiva como medida cautelar

La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, establece como excepcional la aplicación de esta medida cautelar. Esto encuentra apoyo con La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica.

De acuerdo a los principios fundamentales del sistema procesal penal acusatorio, por ser la medida cautelar personal de mayor lesividad, procederá sólo cuando las demás medidas, fueren insuficientes para asegurar las finalidades del proceso, como lo es: asegurar la comparecencia del imputado al proceso, garantizar el desarrollo de la investigación, así

como la seguridad de la víctima u ofendido y de la sociedad.

Algunos autores afirman que la imposición de esta medida cautelar no se orienta a los fines del procedimiento, ya que vulnera los derechos fundamentales de los imputados, pues la prisión tiene fines punitivos.

Nada más alejado de la realidad si tomamos en cuenta que, con la imposición de esa medida cautelar, no se trastoca el principio Constitucional de presunción de inocencia, pues es aplicable en base al principio de la *ultima ratio*, es decir, la última práctica lógica y razonable que tiene el Estado para garantizar, precisamente, la comparecencia del imputado al proceso, el desarrollo de la investigación, la seguridad de la víctima u ofendido y la seguridad de la sociedad.

III.1. La prisión preventiva y la prisión punitiva

En cuanto a las diferencias prácticas, el fundamento de la prisión preventiva es asegurar los fines del procedimiento (resguardando el principio de presunción de inocencia); mientras que, en la prisión punitiva, los fines de la pena, son precisamente eso: fines punitivos. El problema se da en la doctrina, en donde los fines de la prisión preventiva no siempre coinciden con lo señalado por los autores, pues según éstos, la medida cautelar de prisión preventiva se aleja de los fines procesales, al convertirse

en un instrumento de prevención y defensa social, para evitar la comisión de nuevos hechos con apariencia delictiva.

En lo que sí hemos de coincidir, es que los imputados sujetos a la medida cautelar de prisión preventiva, deben encontrarse cumpliendo la misma (teniendo el imputado un trato de inocente en todo momento y, protegido en su integridad física), en lugar distinto del señalado para los sentenciados que se encuentran cumpliendo la prisión punitiva (para que esta medida cautelar no revista las características de una pena). Sin embargo, es de conocimiento de sobra que en nuestro sistema penitenciario no existen los lugares especialmente diseñados para que se cumplan estos imperativos, pues en los centros penitenciarios, se encuentra mezclada la población que se encuentra cumpliendo una pena, con la población sujeta a medida cautelar de esta naturaleza.

Sin dejarse de mencionar que, para el debido cómputo del tiempo que el sentenciado debe de pasar sujeto a la prisión punitiva, se le deberá de abonar el tiempo que ha estado sujeto a la medida cautelar de prisión preventiva.

III.2 Criterios para imponer la medida cautelar de prisión preventiva

Luego de haber judicializado la investigación, el Ministerio Público,

puede solicitar la medida cautelar de prisión preventiva (siendo examinada la solicitud por el juez, posterior al debate de las partes).

«La Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos, establece como excepcional la aplicación de esta medida cautelar. Esto encuentra apoyo con La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica.

De acuerdo a los principios fundamentales del sistema procesal penal acusatorio, por ser la medida cautelar personal de mayor lesividad, procederá sólo cuando las demás medidas, fueren insuficientes para asegurar las finalidades del proceso, como lo es: asegurar la comparecencia del imputado al proceso, garantizar el desarrollo de la investigación, así como la seguridad de la víctima u ofendido y de la sociedad.»

Acreditar la apariencia del buen derecho para imponer esta medida cautelar, se refiere a que existan antecedentes que justifiquen la existencia del hecho señalado como delito por la ley y que, por lo menos, existan antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido algún grado de participación en el mismo para aplicarla.

Así, los antecedentes que justifican un hecho con apariencia de delito, se basan en las aportaciones de la investigación del Ministerio Público, debiendo ser datos serios y suficientes para permitir la imposición de una medida cautelar de tal naturaleza.

En el sistema procesal acusatorio, existe un criterio libre de convicción del juez, que no está sometido a las reglas de valoración de la prueba, pues, en el caso de discutir con profundidad la prueba, se anticiparía el juicio oral, lo que no persigue, fundamentalmente, este sistema.

Luego entonces, en este sistema, el juez debe velar por el respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes, y el juicio valorativo que realiza, se ve justificado al resolver la imposición de medidas cautelares, en que debe utilizar la función valorativa. Amén de tutelarse debidamente el debido proceso.

Cabe señalar, que el análisis valorativo que realiza el juez de control, no tiene valor en la futura

sentencia, pues la imposición de la medida cautelar (en la etapa de investigación) se funda en los hechos de la investigación preliminar.

Conclusiones

Primera: La imposición de las medidas cautelares, se establecen para asegurar los fines del procedimiento, pero con la menor lesividad posible para evitar la vulneración de derechos fundamentales del imputado, por lo que son de aplicación preferente.

Segunda. En cuanto a su procedencia, duración, impugnación y ejecución, se rigen por las disposiciones Constitucionales y procesales, lo que las legitima ante la sociedad.

Tercera: En atención al criterio de proporcionalidad que rige a las medidas cautelares, no se deben imponer si aparecen desproporcionadas en relación con la gravedad del hecho señalado como delito por la ley y las circunstancias de su comisión.

Cuarta: El Ministerio Público puede solicitar la aplicación de medidas cautelares diversas de la prisión preventiva, si con estas medidas de menor lesividad, se consiguen los fines del procedimiento.

Quinta: La imposición de la medida cautelar consistente en la prisión preventiva debe ser por las causas y en las condiciones fijadas por la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, y la libertad del imputado debe estar condicionada a

las garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

*«Acreditar la
apariencia del buen derecho
para imponer esta medida
cautelar, se refiere a que
existan antecedentes que
justifiquen la existencia del
hecho señalado como delito
por la ley y que, por lo
menos, existan
antecedentes que permitan
presumir fundadamente
que el imputado ha tenido
algún grado de
participación en el mismo
para aplicarla.»*

Sexta: Uno de los principios e imperativos que regulan el sistema procesal penal acusatorio, es la presunción de inocencia; el cual, más allá de su grado de presunción con los efectos propios que de ello se generan, es también un principio formativo de la noción del debido proceso, en materia penal.

Séptima: Salvo las excepciones previstas en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, la imposición de la prisión preventiva debe atender a que con otras medidas cautelares no se garantizan los fines del proceso.

Octava: Las medidas cautelares contempladas en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, y reguladas por la ley secundaria, esto es, el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, son necesarias para garantizar el debido proceso y no vulneran derechos fundamentales de los imputados.

Fuentes consultadas

Bibliografía

GITTERMANN MONTENEGRO, Leila Y.,
Medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal, Universidad Católica de Temuco, Chile 2003.

Legislación Nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Código Nacional de Procedimientos Penales.

PRINCIPIOS RECTORES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Alfredo CÁRDENAS DELGADO*

SUMARIO: Introducción; **I.** La restricción a la libertad personal con las medidas cautelares; **II.** Generalidades; **III.** Principios rectores; **IV.** El principio de proporcionalidad; Conclusión; Fuentes consultadas.

Resumen

Esta investigación analiza los principios rectores para la imposición de las medidas cautelares, de manera específica el de legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad, instrumentalidad, temporalidad y proporcionalidad. Es un estudio que brinda conceptos básicos sobre estos principios, relacionándolos con la restricción a la libertad personal que se establece con la aplicación de las medidas cautelares.

Palabras clave: Libertad personal, medidas cautelares, principios, principio de proporcionalidad.

Introducción

El sistema procesal penal acusatorio, de manera particular la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, representa un verdadero cambio y un nuevo modelo procesal, el cual exige a los operadores jurídicos tanto transformar sus prácticas, como un cambio de perspectiva sobre la innovación de ciertas figuras.

Solo basta apreciar el artículo 20 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* —en adelante CPEUM—, donde señala 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 el delito se reparen.

* Maestría en *Derecho* (Orientación Penal), por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Maestría en *Derechos Humanos y Democracia*, por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Cuenta con diversos Diplomados, Cursos y Seminarios impartidos por la Universidad Nacional Autónoma de México, la Secretaría de la Defensa Nacional, la Procuraduría General de la República y la Procuraduría General de Justicia, entre otras. En el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México se ha desempeñado como auxiliar en la Secretaría de Acuerdos y Proyectos y como Secretario Projectista. Actualmente es Juez del Sistema Procesal Penal Acusatorio de la Ciudad de México.

Dentro de este conglomerado de instituciones, se tiene a las medidas cautelares, mismas que tienen como finalidad: asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento. Se tienen diversas medidas, clasificadas en reales y personales.

Sin embargo, su aplicación no resulta sencilla, puesto que se deben considerar los principios que están inmiscuidos, como son el de legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad, instrumentalidad y temporalidad, así como analizar el principio de proporcionalidad que conlleva un ejercicio de razonabilidad y ponderación.

Todo ello involucrado en el tema, lo que implica un papel mucho más activo y responsable de los operadores jurídicos y un compromiso mayor no solamente al peticionarlas, sino también al imponerlas.

I. La restricción a la libertad personal con las medidas cautelares

El sistema penal acusatorio permitió que en México se continuara con la cimentación de un derecho penal democrático desde el punto de vista formal, mismo que se encuentra relacionado con la cláusula abierta en derechos humanos —incorporada en el artículo 1 mediante la reforma constitucional de 2011—, donde se

suma el derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno.

Este derecho internacional «estipula el comportamiento y los beneficios que las personas o grupos de personas pueden esperar o exigir de los Estados. Por ello, el derecho internacional concerniente a los derechos humanos se ha elaborado con el propósito de amparar toda la gama de derechos humanos que es preciso hacer efectivos para que las personas puedan satisfacer su dignidad»¹.

Lo que implica que los Estados contraen un compromiso de respetar y garantizar los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales, por lo que deben adoptar las medidas necesarias para darles efectividad. Se puede afirmar que el objeto y fin de tales tratados es el respeto y garantía de los derechos que en ellos mismos se consagran, el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados *pacta sunt servanda*, establece que los Estados parte deben cumplir de *buena fe* estas obligaciones.

El artículo 1 de la CPEUM se ha establecido un bloque de constitucionalidad o *masa* de derechos humanos y que ahora lo denomina la

¹ GUTIÉRREZ CONTRERAS, Juan Carlos, *Guía de estudio de la materia Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Maestría en Derechos Humanos y Democracia, IV Generación, FLACSO México, México 2013, p.45.

Suprema Corte de Justicia de la Nación —en adelante SCJN— como *parámetro de control de regularidad constitucional*, lo que atrae al ámbito interno los estándares de protección, atención y reparación, reconocidos en el derecho internacional.

Tal es el caso de la libertad personal, misma que está relacionada con la libertad deambulatoria o de movimiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante Corte IDH—, también lo asocia a la posibilidad de autodeterminación².

El artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé dos tipos de regulaciones: una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personal. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (Artículo 7.2) o arbitrariamente (Artículo 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (Artículo 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (Artículo 7.5), a

impugnar la legalidad de la detención (Artículo 7.6) y a no ser detenido por deudas (Artículo 7.7)³.

«El sistema penal acusatorio permitió que en México se continuara con la cimentación de un derecho penal democrático desde el punto de vista formal, mismo que se encuentra relacionado con la cláusula abierta en derechos humanos — incorporada en el artículo 1 mediante la reforma constitucional de 2011—, donde se suma el derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno.»

Tutela esta libertad física y toda interferencia ilegal o arbitraria a la misma, regula sus límites o restricciones, es decir, el artículo 7.1 refiere de manera genérica el derecho

² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, No. 8, Libertad personal, col. Claudio Nash y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, San José de Costa Rica 2015, p. 4.

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 51.

a la libertad y seguridad y los demás numerales se encargan de las diversas garantías que deben darse al momento de privar a alguien de su libertad. «De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción»⁴.

En ese sentido, el artículo 16 de nuestra Carta Magna, párrafo décimo cuarto, prevé una excepción a este derecho, al señalar que el juez de control resuelva de forma inmediata la solicitud de medida cautelar, con las cuales, es evidente una restricción al derecho humano de libertad personal, salvo dos de estas figuras que veremos. Por ende resulta constitucional esta figura.

II. Generalidades

La palabra principio puede entenderse de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, como cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales de donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes, o

bien, norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta.

Vistos esencialmente, los “principios” son normas que ordenan cumplir objetivos más o menos abstractos, son mandatos de optimización que fundamentan el Estado democrático. No prescriben realizar una determinada acción al ocurrir un supuesto específico como las “reglas” tradicionales (mandatos definitivos), sino que sus hipótesis y sus consecuencias son abiertas⁵. Existen dos formas para la aplicación de normas: la subsunción y la ponderación. Las reglas se aplican mediante la subsunción y los principios mediante la ponderación o la proporcionalidad.

⁵ En la doctrina constitucional iberoamericana existe un amplio consenso a tomar como modelo la teoría de los principios de Robert ALEXI, profesor de la Universidad de Kiel, Alemania, teoría que se refiere específicamente a los derechos constitucionales. Dicho autor se explicó primordialmente en su *Teoría de los derechos fundamentales* (2a. ed., trad. de Carlos BERNAL PULIDO, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008). Como referencia general pueden verse los respectivos capítulos de Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO en *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2a. ed., Ariel, Barcelona 2004; y a Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, 5a. ed., Trotta, Madrid 2003.

⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op.cit.*, p. 6.

«En el derecho, encontramos los principios generales, que son «criterios o entes de razón que expresan un juicio acerca de la conducta humana a seguir en cierta situación» también se tienen los principios procesales, que son «aquellos que orientan el procedimiento para lograr que el mismo pueda desarrollarse adecuadamente de acuerdo con la naturaleza de la controversia planteada», estos principios se pueden dividir en su sentido amplio: los lineamientos esenciales que deben canalizar en el ejercicio de la acción, los que orientan la función jurisdiccional y los que dirigen el procedimiento; mientras que en el sentido estricto, están referidos a la manera en que debe seguirse el procedimiento, en su aspecto formal.»

En el derecho, encontramos los principios generales, que son «criterios o entes de razón que expresan un juicio acerca de la conducta humana a seguir en cierta situación» ⁶, también se tienen los principios procesales, que son «aquellos que orientan el procedimiento para lograr que el mismo pueda desarrollarse adecuadamente de acuerdo con la naturaleza de la controversia planteada» ⁷, estos principios se pueden dividir en su sentido amplio: los lineamientos esenciales que deben canalizar en el ejercicio de la acción, los que orientan la función jurisdiccional y los que dirigen el procedimiento; mientras que en el sentido estricto, están referidos a la manera en que debe seguirse el procedimiento, en su aspecto formal.

Conceptos que se encuentran en correlación, ya que dentro de las medidas cautelares se deben tomar en cuenta los principios que emanan de esta figura, para de esa manera puedan considerarse como debidamente impuestas las mismas. Nos ocuparemos de manera detallada de cada uno de ellos en los siguientes capítulos.

⁶ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Directorio Jurídico Mexicano, 13ª edición, Porrúa Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1999, p. 2542.

⁷ Ídem.

Existen medidas cautelares civiles y penales, las primeras son las que tienden a garantizar la ejecución de la sentencia condenatoria, en su aspecto de reparación patrimonial, en tanto, las segundas:

... son parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 17 de la CPEUM, dado que son herramientas para proteger los derechos que se encuentran en litigio mientras transcurre el proceso jurisdiccional a fin de que al llegar la sentencia pueda hacerse efectiva la decisión de condena, atendiendo puntualmente el mandato de dicho precepto constitucional de emplear los medios necesarios para garantizar la plena ejecución de las sentencias⁸.

Dentro de las medidas cautelares, se tiene una clasificación de acuerdo a su objeto: se distingue entre medidas cautelares personales, entendiendo por tales las que imponen limitaciones del derecho a la libertad personal y medidas cautelares reales, entendiendo por tales las que imponen limitaciones a la libre administración o disposición de los bienes del imputado⁹, esto es,

las primeras restringen a la persona y las segundas restringen sus bienes.

En el artículo 155 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, contiene el catálogo de las medidas cautelares:

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

⁸ LUDWIG OVANDO, Ramón, *Medidas Cautelares en el Código Nacional de Procedimientos Penales*, Flores editor, México 2015, pp. 3-4.

⁹ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julian, *Derecho Procesal*

Penal Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Chile 2003, p. 343.

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.

De las mismas podríamos aseverar que las fracciones III y IV son clasificadas como reales, mientras que las restantes son personales, de hecho, en el propio Código, en el artículo 157 señala que la prisión preventiva no podrá combinarse con otras medidas cautelares, salvo el embargo precautorio o la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren en el sistema financiero.

Estas medidas las puede peticionar el ministerio público o la víctima u ofendido, salvo la prisión preventiva, que solo la Representación Social la puede solicitar.

Se tienen dos momentos para su procedencia, el primero una vez formulada la imputación y el propio imputado se acoja al término constitucional, y el segundo, cuando se haya vinculado a proceso al imputado; sin demeritar, que pueden ser materia de revisión, siempre y cuando hayan variado de manera objetiva las condiciones que justificaron la imposición de una medida cautelar, para lo cual se procederá a la revocación, sustitución

o modificación de la misma, o bien, las partes pueden solicitar la revisión de la medida cautelar, cuando se detecte el incumplimiento de una medida distinta a la garantía económica o de prisión preventiva.

«Dentro de las medidas cautelares, se tiene una clasificación de acuerdo a su objeto: se distingue entre medidas cautelares personales, entendiendo por tales las que imponen limitaciones del derecho a la libertad personal y medidas cautelares reales, entendiendo por tales las que imponen limitaciones a la libre administración o disposición de los bienes del imputado, esto es, las primeras restringen a la persona y las segundas restringen sus bienes.»

III. Principios rectores

Al aplicar o imponer las medidas cautelares debemos tomar en cuenta su objeto y fin legítimo del riesgo a proteger, esto es, la justificación del riesgo existente, en el CNPP se tienen tres:

- a) Peligro de sustracción del imputado, para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento.
- b) Riesgo para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad, para garantizar la seguridad de la víctima u ofendido.
- c) Peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación, para evitar la obstaculización del procedimiento.

Al aplicar las medidas bajo estos objetos y fines, deben estar presentes sus principios rectores, se tienen seis:

- I. Legalidad.
- II. Jurisdicción.
- III. Excepción.
- IV. Instrumentalidad.
- V. Temporalidad o provisionalidad, y
- VI. Proporcionalidad.

Por lo que hace al primero, se entiende que todo acto o procedimiento jurídico debe estar contenido en una norma legal, de manera que las medidas que únicamente se pueden imponer son las dispuestas en el artículo 155 del CNPP, incluso en el artículo 19 párrafo segundo dispone que la autoridad judicial sólo podrá autorizar las medidas establecidas en el propio código, lo que se refrenda en el artículo 157 párrafo segundo y tercero.

El segundo de los principios, está referido a que solamente la

autoridad jurisdiccional podrá imponer estas medidas, en el artículo 16 de la CPEUM párrafo catorce así lo prevé; principio que evidentemente se encuentra ligado al anterior, que implicaría no solo que sea por parte de un juez, sino que deben estar fundadas y motivadas tales medidas.

La excepcionalidad «permea a todas las formas de medida cautelar en atención a la presunción de inocencia, en los términos ya adelantados, de ahí que impera la obligación de quien solicita la imposición de cualquier restricción a los derechos y libertades, de justificar las razones que originan la no aplicación de la regla general que es la libertad plena del imputado»¹⁰ esto es, que todas las medidas implican una excepción, y debe estar dirigida a la demostración de los riesgos existentes: a) asegurar la presencia del imputado en el procedimientos, b) garantizar la seguridad de la víctima u ofendido, y c) evitar la obstaculización del procedimiento.

Por instrumentalidad, se entiende que son instrumentos accesorios al juicio principal que tienen por objeto asegurar la materia del mismo, es decir, no deben afectar, ni anticipar lo que se decida, sino únicamente asegurar los fines del procedimiento; de esta manera, podemos señalar que «deberá analizarse si la medida cautelar

¹⁰ LUDWIG OVANDO, Ramón, *op. cit.*, 107.

solicitada se encuentra realmente al servicio del proceso como instrumento para neutralizar tal riesgo ... la instrumentalidad juzga la medida cautelar solicitada en cuenta a su función para neutralizar los peligros procesales demostrados previamente bajo el principio de excepcionalidad»¹¹; se debe evaluar la utilidad y observar si hay un enlace armónico entre las medidas solicitadas con el referido riesgo.

El principio de temporalidad, también conocido como de provisionalidad significa que «las medida cautelares personales están sometidas a la regla *rebus sic stantibus* conforme a la cual sólo han de permanecer en tanto subsistan las consideraciones que les sirvieron de fundamento»¹², en general, lo preferible es imponer las medidas por todo el tiempo que dure el procedimiento, de lo contrario se tendría que fijar audiencia para revisar la temporalidad; solo en el caso de la prisión preventiva se prevé un término de dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado.

Cúmulo de principios que deben ser analizados y tomados en cuenta al aplicarlas y dependerá de los datos de prueba que se presenten y la argumentación que se establezca, para considerar si se están o no

cumpliendo con todos ellos. Por lo que hace al principio de proporcionalidad en el siguiente capítulo se analizará.

«El principio de temporalidad, también conocido como de provisionalidad significa que «las medida cautelares personales están sometidas a la regla rebus sic stantibus conforme a la cual sólo han de permanecer en tanto subsistan las consideraciones que les sirvieron de fundamento», en general, lo preferible es imponer las medidas por todo el tiempo que dure el procedimiento, de lo contrario se tendría que fijar audiencia para revisar la temporalidad; solo en el caso de la prisión preventiva se prevé un término de dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado.»

¹¹ *Ibidem.*, p. 115.

¹² HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julian, *op. cit.*, p. 353.

IV. El principio de proporcionalidad

Se dejó en un apartado a este principio, sin el afán de demeritar a los otros, todos son pieza clave en la aplicación de las medidas, sin embargo, este principio resulta ser uno de los fundamentales y punto débil o complejo en los debates durante la audiencia, puesto que conlleva un ejercicio de argumentación.

El artículo 156 del CNPP se refiere al mismo, señala primero que la imposición de las medidas será tomando en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el ministerio público realice, y lo refrenda en el párrafo segundo al enunciar la idoneidad y la proporcionalidad que debe darse, debiéndose justificar por el juzgador las razones por la que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado.

La diferente funcionalidad de los principios jurídicos en cuanto a su cumplimiento, es un aspecto importante de la teoría jurídica contemporánea. A diferencia de las reglas jurídicas tradicionales, los principios no pueden “cumplirse” o “incumplirse” categóricamente, sino que se satisfacen en grados muy diversos según las posibilidades fácticas y normativas. El parámetro de cumplimiento de un principio jurídico lo da una norma “adjetiva” al mismo: el que Robert ALEXY ha llamado “mandato de optimización”.

«Tras cada principio existe la obligación de realizar en el máximo grado posible el objetivo que dispone alcanzar, cualquier grado menor a ese máximo implica contravenir dicho “mandato de optimización”, y por ende, al principio sustantivo de que se trate»¹³. Incluso también agregó que:

Cuando dos “reglas” tradicionales se oponen y producen una antinomia —por ejemplo, cuando una de ellas manda pagar una deuda y otra ordena no hacerlo—, su incompatibilidad imposibilita su coexistencia en el sistema jurídico; su conflicto entonces se resuelve eliminando una de ellas, mediante criterios de temporalidad, especialidad o grado jerárquico. En cambio, aunque no sean naturalmente opuestos, los principios podrían contradecirse en situaciones muy específicas, pero este conflicto no se resuelve “derogando” a alguno de ellos¹⁴.

En sentido similar, para Ronald DWORKIN, cuando los jueces resuelven, cuando los abogados argumentan, y, en general, cuando los actores jurídicos interpretan el derecho, utilizan otro tipo de normas que difieren sustancialmente de las reglas. Esta diferencia se evidencia

¹³ ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, 3ª edición, Fontamara, México 2006, pp. 13-14.

¹⁴ *Ídem*.

desde el origen mismo de la norma, los principios no surgen de la decisión particular de un tribunal o un organismo legislativo, sino «de un sentido de convivencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo»¹⁵. Así, la función de los principios se ubica en el campo de la justificación o argumentación, y no se agota en el descubrimiento o descripción del derecho vigente.

El principio de proporcionalidad se utiliza para resolver problemas de compatibilidad o de conformidad en la tarea de concretización de las normas constitucionales en relación con las normas legales y administrativas, ya en materia penal, se define como:

... el mandato constitucional dirigido a los entes estatales, en primer lugar, al legislativo que debe producir leyes en materia penal que establezcan una punibilidad que sea necesaria e idónea para lograr una prevención general de delito y graduándola atendiendo al bien jurídico tutelado que se proteja, y en segundo plano, que las resoluciones restrictivas jurisdiccionales de derechos dirigidas al sujeto activo sean aplicadas atendiendo a su culpabilidad, a la naturaleza del delito, al valor del bien jurídico

tutelado, principalmente, entre otros elementos, buscando no sólo el castigo sino la reinserción de dicho sujeto a la sociedad¹⁶.

Bajo este panorama, podemos sostener que este principio constituye una de las bases primordiales en la aplicación de las medidas, en donde el operador jurídico podrá realizar un ejercicio integral, dialéctico y comprensivo de conformidad con sus pretensiones, pero sin dejar de observar los subprincipios subyacentes a esta figura: el de adecuación o idoneidad de los medios; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, operan sucesivamente, todos deben ser cumplidos para que se considere legítima, justa y adecuada la medida.

El primer subprincipio, también conocido como de adecuación, constituye el análisis de la finalidad de la medida, que tan eficaz resulta la medida para que disminuya o quede anulado el riesgo o fin que se persigue. Está ligado al principio de instrumentalidad.

El otro subprincipio, significa «que el medio seleccionado para alcanzar el fin propuesto, no pueda ser reemplazado o sustituido por otro igualmente eficaz, al mismo tiempo que se exige que no restrinja el

¹⁵ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta GUSTAVINO, 4ª ed., Planeta-Agostini, Barcelona 1991, p. 24.

¹⁶ MORENO MELO, Manuel, *Principios Constitucionales de Derechos Penal. Su aplicación en el sistema acusatorio (teoría, práctica y jurisprudencia)*, Ubijus, México 2015, pp. 84-85.

derecho fundamental o lo haga de una manera menos gravosa»¹⁷, también se entiende que «la comparación entre los distintos medios que el juez de control debe tener en mente, es una operación inexcusable en la aplicación del principio de mínima intervención, esto es, el juzgador luego de realizar un examen comparativo debe elegir o preferir la medida menos lesiva para los derechos individuales»¹⁸. Es por ello, que involucra al criterio de mínima intervención y al principio de excepcionalidad.

El último de sus principios, «se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas... el campo de la ponderación... el núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina ley de la ponderación... Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro»¹⁹, a su vez

la ley de la ponderación puede dividirse en tres pasos:

En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro²⁰.

La Corte IDH, se ha referido a este principio de la siguiente manera:

La prisión preventiva se halla limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción

¹⁷ *Ibidem.*, p. 86.

¹⁸ CASTILLO GARRIDO, Salvador, *Los jueces de control en el sistema acusatorio en México*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2013, p. 105.

¹⁹ ALEX, Robert, «La fórmula del peso», en Miguel CARBONELL (coord.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador 2008, p. 15.

²⁰ *Ibidem.*, p. 16.

del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción²¹.

«Bajo este panorama, podemos sostener que este principio constituye una de las bases primordiales en la aplicación de las medidas, en donde el operador jurídico podrá realizar un ejercicio integral, dialéctico y comprensivo de conformidad con sus pretensiones, pero sin dejar de observar los subprincipios subyacentes a esta figura: el de adecuación o idoneidad de los medios; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, operan sucesivamente, todos deben ser cumplidos para que se considere legítima, justa y adecuada la medida.»

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C No. 206, párrafo 122.

De esta manera, este subprincipio involucra a la ley de la ponderación, y en palabras de la Corte IDH, evita que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena, además propicia una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, y en consecuencia, que la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción.

Es así como se observa la complejidad y el sustento que existe en este principio, aspectos básicos que deben tomarse en consideración por cada uno de los operadores jurídicos desde sus funciones, ya sea al momento de solicitar las medidas cautelares, debatir las mismas y al imponerlas.

Conclusión

El artículo 16 de nuestra Carta Magna, párrafo décimo cuarto, al prever que el juez de control resuelva de forma inmediata la solicitud de medida cautelar, conlleva una excepción y restricción al derecho humano de libertad personal.

Por ello, al ser una restricción a un derecho, deben cumplirse los “principios”, que son mandatos de optimización que fundamentan el Estado democrático. No prescriben realizar una determinada acción al ocurrir un supuesto específico como las “reglas” tradicionales (mandatos

definitivos), sino que sus hipótesis y sus consecuencias son abiertas. Existen dos formas para la aplicación de normas: la subsunción y la ponderación. Las reglas se aplican mediante la subsunción y los principios mediante la ponderación o la proporcionalidad.

Estas medidas se clasifican en personales y reales, en el CNPP se tiene un catálogo de 14 medidas, solo dos de ellas son reales, las restantes son de carácter personal.

Al imponerlas se debe tomar en cuenta su objeto y fin legítimo del riesgo a proteger, el peligro de sustracción del imputado, para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento; el riesgo para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad, para garantizar la seguridad de la víctima u ofendido y el peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación, para evitar la obstaculización del mismo.

Pero también y como pieza clave para su imposición son los seis principios rectores que las rigen, el de legalidad, que se entiende que todo acto o procedimiento jurídico debe estar contenido en una norma legal, de manera que las medidas que únicamente se pueden imponer son las dispuestas en el artículo 155 del CNPP; el de jurisdiccionalidad, referida a que solamente la autoridad jurisdiccional podrá imponer estas medidas; la excepcionalidad, establece que todas las medidas implican una excepción, y debe estar

dirigida a la demostración de los riesgos existentes antes dichos; en tanto la instrumentalidad, debe evaluar la utilidad y observar si hay un enlace armónico entre las medidas solicitadas con el referido riesgo y el principio de temporalidad, que han de permanecer en tanto subsistan las consideraciones que les sirvieron de fundamento.

Finalmente el principio de proporcionalidad, dividido en tres subprincipios: el de adecuación o idoneidad de los medios, que constituye el análisis de la finalidad de la medida, que tan eficaz resulta la medida para que disminuya o quede anulado el riesgo o fin que se persigue; el de necesidad, que involucra al criterio de mínima intervención y al principio de excepcionalidad; y el de proporcionalidad en sentido estricto, que consiste en la ley de la ponderación, cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro, y establecido por la Corte IDH, como el de evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena, además de propiciar una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, y en consecuencia, que la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente

a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción.

Cúmulo de principios que deben tomarse en cuenta al momento de solicitar e imponer las medidas cautelares y al imponerlas, y representan un compromiso y obligación para los operadores jurídicos su debida argumentación.

Fuentes consultadas

Bibliografía

ALEX, Robert, *Derecho y razón práctica*, 3ª edición, Fontamara, México 2006.

_____, «La fórmula del peso», en Miguel CARBONELL (coord.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador 2008.

CASTILLO GARRIDO, Salvador, *Los jueces de control en el sistema acusatorio en México*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 51.

_____, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C No. 206, párrafo 122.

_____, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, No. 8, Libertad personal, col. Claudio Nash y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, San José de Costa Rica 2015.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta GUSTAVINO, 4ª ed., Planeta-Agostini, Barcelona 1991.

GUTIÉRREZ CONTRERAS, Juan Carlos, *Guía de estudio de la materia Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Maestría en Derechos Humanos y Democracia, IV Generación, FLACSO México, México 2013.

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julian, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Chile 2003.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Directorio Jurídico Mexicano, 13ª edición, Porrúa Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1999.

LUDWIG OVANDO, Ramón, *Medidas Cautelares en el Código Nacional de Procedimientos Penales*, Flores editor, México 2015.

MORENO MELO, Manuel, *Principios Constitucionales de Derechos Penal. Su aplicación en el sistema acusatorio (teoría, práctica y*

jurisprudencia), Ubijus, México
2015.

Legislación Nacional

Constitución Política de los Estados
Unidos Mexicanos.
Código Nacional de Procedimientos
Penales.

ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 155 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Pablo PICAZO FOSADO*

SUMARIO: Introducción; I. Conceptos básicos; II. Características; III. Análisis de las Medidas Cautelares; IV. El riesgo de aplicar medidas cautelares no reguladas; V. La prisión preventiva; VI. Tipos de prisión preventiva; Propuestas; Fuentes consultadas.

Introducción

Este trabajo es una reflexión jurídica y crítica de las medidas cautelares contenidas en el artículo 155 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, y su aplicación a las personas que han realizado alguna conducta con apariencia delictiva en la Ciudad de México, enriquecida con la experiencia personal obtenida de la función que desempeño como juzgador del sistema procesal penal acusatorio de reciente implementación en esta ciudad capital.

En el análisis de cada una de las catorce medidas cautelares, se expondrá un comentario respecto de su alcance, funcionalidad y objetivo; sus reglas generales, requisitos procesales y constitucionales, principios que las rigen y sobre todo, su operatividad en la aplicación cotidiana.

Tratamiento especial se dará a la prisión preventiva como medida cautelar, por virtud de su excepcionalidad en su aplicación.

Por último, se aporta una propuesta para ampliar el catálogo de medidas cautelares y reducir el amplio margen de discrecionalidad judicial en su aplicación, señalando porqué la aplicación de la prisión preventiva no es una solución al problema de la inseguridad y violencia que nos aqueja.

* Maestría en *Derecho* por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), —Facultad de Estudios Superiores Aragón—, y por la Universidad Complutense de Madrid. Cuenta con diversos cursos de capacitación sobre el Sistema Penal Acusatorio para Juzgadores, impartidos por la Oficina Internacional para el Desarrollo, Asistencia y Capacitación del Departamento de Justicia de EE.UU., a través del Instituto de Estudios Judiciales en San Juan Puerto Rico. En octubre de 2015 fue nombrado Juez del Sistema Procesal Penal Acusatorio de la Ciudad de México y actualmente se desempeña como Juez Segundo de Tribunal de Enjuiciamiento del Sistema Procesal Penal Acusatorio del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

I. Conceptos Básicos

Las medidas cautelares son resoluciones motivadas que emite el órgano jurisdiccional, y pueden adoptarse contra el imputado, por la necesidad de cautela y la apariencia del buen derecho, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes, o alguna otra clase de derecho, por virtud de que ha realizado un hecho con apariencia de delito, a fin de garantizar la efectividad del proceso penal y conjurar eventuales conductas del imputado que constituyen peligro de sustracción a la acción de la justicia, obstaculización del desarrollo de la investigación y riesgo para la víctima, ofendido, testigos o para la comunidad.

Son mecanismos de coerción estatal que se aplican durante el proceso penal, y consisten en actos asegurativos de carácter instrumental, que buscan proteger contingencias que se pueden presentar mientras no se resuelva en definitiva el hecho controvertido; es la manera más útil de conseguir la efectividad del proceso y la ejecución de la sentencia que se dicte.

Se encuentran previstas en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y en el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, y tienen como propósito 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.

«Las medidas cautelares son resoluciones motivadas que emite el órgano jurisdiccional, y pueden adoptarse contra el imputado, por la necesidad de cautela y la apariencia del buen derecho, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes, o alguna otra clase de derecho, por virtud de que ha realizado un hecho con apariencia de delito, a fin de garantizar la efectividad del proceso penal y conjurar eventuales conductas del imputado que constituyen peligro de sustracción a la acción de la justicia, obstaculización del desarrollo de la investigación y riesgo para la víctima, ofendido, testigos o para la comunidad.»

II. Características

Tienen como principales características: la legalidad, son jurisdiccionales, excepcionales, instrumentales, provisionales y proporcionales.

En su aplicación se deben tener en cuenta los criterios de mínima intervención, según las circunstancias particulares de cada persona; deben aplicarse teniendo en cuenta la necesidad, su idoneidad y proporcionalidad; que sean las menos lesivas para el imputado. Son accesorias al proceso porque están condicionadas a la vigencia del mismo.

III. Análisis de las Medidas Cautelares

La fracción I del artículo 155 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, establece como medida cautelar: «La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe».

Esta medida cautelar ha tenido aplicación constante en los diversos procesos que se instruyen por delitos que no son merecedores de prisión preventiva oficiosa o justificada. Para la aplicación e instrumentación de esta medida, se ha establecido la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y de la Suspensión Condicional del Proceso, que depende del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México; ante dicha autoridad el imputado habrá de presentarse con la periodicidad que el

Juez de Control señale, normalmente se aplica semanal, quincenal o mensual.

Esta medida cautelar es funcional y práctica, porque se advierte en ella el objetivo concreto de que el imputado esté atento de su proceso; es una forma de saber que no se ha sustraído de la acción de la justicia, porque en el momento que incumpla con sus presentaciones, la Unidad remite la información al Ministerio Público, para que solicite al Juez de Control audiencia en la que se revise el incumplimiento de esa medida, declare la sustracción de la acción de la justicia del imputado, y ordene su aprehensión para reconducirlo al proceso, donde se le podrán imponer medidas cautelares más severas, incluso la prisión preventiva justificada.

La fracción II del numeral 155, prevé: «La presentación de una garantía económica».

También ha sido muy cotidiana su aplicación, por virtud de que en la mayoría de procesos por delitos que no tienen prisión preventiva oficiosa, ni justificada, sin embargo se considera que esta medida cautelar tiene riesgos muy graves en su aplicación, porque el artículo 172 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, señala que el juez de control deberá considerar las características del imputado, su capacidad económica, la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones a su

cargo y deberá fijar un plazo razonable para la exhibición de la garantía.

«La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe».

«Esta medida cautelar es funcional y práctica, porque se advierte en ella el objetivo concreto de que el imputado esté atento de su proceso; es una forma de saber que no se ha sustraído de la acción de la justicia, porque en el momento que incumpla con sus presentaciones, la Unidad remite la información al Ministerio Público, para que solicite al Juez de Control audiencia en la que se revise el incumplimiento de esa medida, declare la sustracción de la acción de la justicia del imputado, y ordene su aprehensión para reconducirlo al proceso, donde se le podrán imponer medidas cautelares más severas, incluso la prisión preventiva justificada.»

Lo cual demuestra que el Sistema Procesal Penal Acusatorio, tiene como base la confianza, porque surte efectos la puesta en libertad del imputado, quien tendrá el plazo que el juez considere razonable, para exhibir esa garantía, lo que trae aparejada la oportunidad de evadir la acción de la justicia o bien presentar esa garantía, y en muchas ocasiones elige la primera opción y se sustrae a la acción de la justicia, porque los imputados no han entendido las bondades de este sistema y carecen del sentido de responsabilidad con el sistema de justicia, y sólo buscan una oportunidad para evadirla, en la mayoría de los casos.

La garantía económica, no sólo puede ser un depósito en efectivo, también puede constituirse en una fianza, hipoteca, prenda, fideicomiso o cualquier otra que a criterio del juez de control cumpla suficientemente con esa finalidad.

Esta medida cautelar tiene un sano objetivo, pero su funcionalidad es menor debido a que el imputado una vez que se ve libre, decide no presentar la garantía y sustraerse a la acción de la justicia y pocas veces cumple con esta obligación, por lo que aun cuando sus objetivos son plausibles, su funcionalidad es menor porque puede contribuir a la sustracción del imputado.

La fracción III del numeral, señala: «El embargo de bienes».

Esta medida cautelar pocas veces se podrá imponer, porque se requiere de una investigación previa y completa en la carpeta de investigación por parte del fiscal, en el sentido de que el imputado tenga bienes embargables; además tendrá que acreditar al juzgador, las causas por las que considera se deben embargar los bienes del imputado, lo cual en la práctica no se ha visto. Máxime que ésta medida cautelar, también se encuentra prevista en el numeral 138 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, como una providencia precautoria para la restitución de derechos de la víctima. Para garantizar la reparación del daño. Pero no es entendible porque tiene una duración de sesenta días, prorrogables hasta por treinta días más, cuando debería tener vigencia durante todo el proceso.

El *Código Nacional de Procedimientos Penales*, no previó un mecanismo para garantizar la reparación del daño, pensamos que fue porque estaría contrapuesto con el principio de presunción de inocencia, sin embargo ésta omisión deja en desventaja a las víctimas y ofendidos, al no existir ninguna garantía de que se les reparará el daño. La desventaja de esta medida cautelar consiste en que para hacerla efectiva, requiere que el imputado tenga bienes embargables. El legislador también olvido establecer un procedimiento para el caso de incumplimiento por parte del imputado embargado, ni

respecto del destino de los bienes embargados; por lo que ésta medida carece de funcionalidad y objetivos claros y concretos.

*«El embargo de bienes».
«Esta medida cautelar pocas veces se podrá imponer, porque se requiere de una investigación previa y completa en la carpeta de investigación por parte del fiscal, en el sentido de que el imputado tenga bienes embargables; además tendrá que acreditar al juzgador, las causas por las que considera se deben embargar los bienes del imputado, lo cual en la práctica no se ha visto.»*

La fracción IV, prevé como medida cautelar: «La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero».

La ineficacia de esta medida cautelar, radica en que para su aplicación, requiere de la investigación previa del Ministerio Público, además que el imputado tenga cuentas bancarias o valores que se encuentren en el sistema

financiero, pero con recursos económicos en esas cuentas, porque de otra manera no sería razonable la inmovilización de las cuentas bancarias si carecen de recursos económicos.

Esta medida cautelar carece de funcionalidad y objetivos concretos, pues también se encuentra prevista en el numeral 138 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, como una providencia precautoria para la restitución de derechos de la víctima y para garantizar la reparación del daño, teniendo una vigencia máxima de sesenta días naturales, prorrogables hasta por treinta días, sin que se encuentre algún motivo del porqué de esa duración, lo cual es un contra sentido, pues es claro que en noventa días no se concluye un proceso penal, hasta el dictado de la sentencia, y menos si se hacen valer los recursos ordinarios y extraordinarios; por lo que se desconocen los motivos y razones del plazo de vigencia de ese embargo; sería más eficaz su duración si fuera durante toda la vigencia del procedimiento; tampoco se establece en la ley adjetiva, algún procedimiento para el caso de que el imputado incumpla con esta medida cautelar, ni el fin que se daría a los bienes embargados.

La fracción V del numeral en análisis, prevé como medida cautelar; «La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad

en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez».

Esta medida cautelar carece de operatividad y funcionalidad, porque no señala los objetivos claros ni concretos que persigue, ni cuál será la forma de implementar esas prohibiciones o limitaciones al derecho fundamental de libertad de tránsito consagrado en el artículo 11 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; pues para su cumplimiento no basta que se le haga saber al imputado que se le han impuesto esas restricciones, sino que deberá establecerse un sistema de vigilancia de su cumplimiento; es decir que el legislador debió establecer las formas o medios de constatar que el imputado ha dado cumplimiento con esas obligaciones. Por ejemplo, si se le debe poner vigilancia para cerciorarse de que no ha abandonado el país, la localidad o colonia donde vive, aviso a migración, etcétera. O cual será la forma de constatar que el imputado ha dado cabal cumplimiento a estas restricciones, o como se sabe cuándo ha incumplido, pues no se estableció un mecanismo para el control y vigilancia del cumplimiento de esta medida cautelar, ni menos a quien deberá solicitar la autorización para salir del país o de la localidad donde vive.

La fracción VI del artículo 155 del *Código Nacional del Procedimientos Penales*, previó como medida cautelar:

«El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada».

Esta medida cautelar tiene objetivos concretos, aunque carece de eficacia efectiva y funcional en su aplicación; pues no se señaló quienes serían las personas e instituciones que podrían cuidar o vigilar al imputado, aunque entendemos que las instituciones que deben realizar esa vigilancia, serán la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y de la Suspensión Condicional del Proceso; la Secretaría de Seguridad Pública y la Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México; sin embargo, es costoso que a cada imputado se le ponga vigilancia de este tipo, porque no alcanzarían los recursos humanos y económicos de las instituciones para vigilar a tantos imputados en libertad, todo ello, porque esta medida cautelar, al igual que la mayoría de las medidas que se analizan, no se encuentran debidamente reguladas en el Código Adjetivo, y para su aplicación e instrumentación, la autoridad judicial tendrá que inventar procedimientos no previstos en las leyes, con el riesgo que ello implica de llegar a resultados adversos.

La fracción VII del artículo referido, previó como medida cautelar: «La prohibición de concurrir

a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares”».

Esta medida cautelar es efectiva porque tiene objetivos concretos cuando se trata de medidas de protección de emergencia y preventivas, previstas en la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; al establecer la prohibición de acercarse a los testigos, víctimas u ofendidos de delitos, también resulta efectiva la aplicación de ésta medida cautelar, puesto que son los mismos ofendidos o víctimas quienes informarán a la autoridad de su incumplimiento por parte del imputado.

Aunque para ello había que desentrañar el verdadero sentido que el legislador quiso darle, pues no es suficiente la sola prohibición a los imputados de que no acudan a reuniones o lugares determinados, porque se requiere una vigilancia personalizada para saber cuándo han incumplido con esas obligaciones.

La fracción VIII del numeral 155, prevé como medida cautelar: «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».

Es constante su aplicación y efectividad de esta medida cautelar, en virtud de que la fiscalía siempre solicita su imposición, para proteger a víctimas, ofendidos y testigos, impidiendo de esta manera que el

imputado pueda comunicarse con ellos para amenazarlos o intimidarlos, para evitar su asistencia a la audiencia de debate o bien para llegar a un posible arreglo o solución alterna al proceso, por lo que su alcance, funcionalidad y objetivo son muy amplios y entendemos que serían los ofendidos, víctimas o testigos, quienes informen a la autoridad del incumplimiento.

«La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares».

«Esta medida cautelar es efectiva porque tiene objetivos concretos cuando se trata de medidas de protección de emergencia y preventivas, previstas en la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; al establecer la prohibición de acercarse a los testigos, víctimas u ofendidos de delitos, también resulta efectiva la aplicación de ésta medida cautelar, puesto que son los mismos ofendidos o víctimas quienes informarán a la autoridad de su incumplimiento por parte del imputado.»

La fracción IX, del artículo en análisis, establece «La separación inmediata del domicilio».

Vemos que pocas veces se aplica por tratarse más bien de una medida cautelar que tiende a proteger a las víctimas u ofendidos, cuando el agresor habita en el mismo domicilio, lo que no sucede generalmente en la comisión de delitos. Por lo que su alcance, funcionalidad y objetivo para quienes han cometido una conducta con apariencia de delito, no es clara, pues se refiere a la hipótesis de que el ofendido o víctima habiten el mismo domicilio que el imputado.

Incluso se le pueden dar otro tipo de interpretación y puede ser usada para sacar de un domicilio a personas, por razones que pueden ser muy diversas y amplias, con una variación de la intención original que pudo haber tenido el legislador.

La fracción X, prevé como medida cautelar: «La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos».

Esta medida cautelar carece de funcionalidad, objetivos claros y concretos. Lo anterior porque la suspensión para ejercer el cargo en los delitos cometidos por servidores públicos, corresponde a los órganos de control interno de las instituciones a donde pertenece el servidor público, pero no es al juez de control quien deberá ordenar dicha suspensión, aunque si podrá hacerlo en la

sentencia, ya que se prevé como una pena pública que sólo puede ser impuesta en la sentencia por la autoridad judicial.

La fracción XI del numeral en estudio señala como medida cautelar: «La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral».

Hasta ahora se desconoce cuál será su alcance, funcionalidad y objetivo de esta medida cautelar, o en qué casos concretos debe aplicarse, pues éste tipo de suspensiones no pueden ser medidas cautelares, más bien serían consecuencias de una resolución definitiva, pero no provisional.

Podría entenderse que se refiere a actividades profesionales o laborales ilícitas, como la responsabilidad profesional, pero ésta depende de la realización de una conducta delictiva diversa o bien la existencia de empresas con actividades delictivas, en las que se tendría que ordenar su disolución en la sentencia definitiva que se dicta al final de ese procedimiento, pero no al inicio.

En la fracción XII se prevé como medida cautelar: «La colocación de localizadores electrónicos».

Sería una buena medida cautelar con funcionalidad y objetivos plausibles, pero en la realidad no se encuentra instrumentada, por razones y motivos desconocidos; tal vez falta

de presupuesto y de voluntad política, pero lo que hasta ahora sabemos es que no se aplica; los localizadores electrónicos deben ser a costa del imputado; porque es él quien tiene la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica, y si le causa daño a ese mecanismo, el costo será a su cargo.

«La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos».

«Esta medida cautelar carece de funcionalidad, objetivos claros y concretos. Lo anterior porque la suspensión para ejercer el cargo en los delitos cometidos por servidores públicos, corresponde a los órganos de control interno de las instituciones a donde pertenece el servidor público, pero no es al juez de control quien deberá ordenar dicha suspensión, aunque si podrá hacerlo en la sentencia, ya que se prevé como una pena pública que sólo puede ser impuesta en la sentencia por la autoridad judicial.»

En la fracción XIII, encontramos como medida cautelar: «El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga».

Esta medida cautelar no tiene fijado su alcance, carece de funcionalidad y objetivos claros y concretos, pues requiere desarrollo normativo, que establezca un mecanismo para su implementación, por lo que carece de operatividad, en la realidad. Entendemos que se trata más bien de un tipo de prisión preventiva domiciliaria, pero en su aplicación por parte del Juez de Control, tendría que invadir funciones que corresponde al legislador, al diseñar procedimientos no previstos en la ley, por ello será difícil su aplicación.

IV. El riesgo de aplicar medidas cautelares no reguladas

En la mayoría de las medidas cautelares que hasta aquí se han analizado, el juzgador tiene que realizar una interpretación personal para su aplicación, por falta de una regulación clara, donde se establezcan sus objetivos, su alcance y funcionalidad; por ello es oportuno el comentario realizado por Juan Antonio GARCÍA AMADO y Jordi FERRER BELTRÁN, en la presentaron el libro *Derecho Degenerado*, cuando exponen el tema de la interpretación de la ley y señalan:

Se da a la ley una interpretación de realismo jurídico, porque el derecho no es lo que dice el

legislador, sino lo que dicen los jueces como intérpretes. El derecho no se dice por la boca del legislador, sino por la comunidad judicial del momento. El derecho no cambia, lo que cambia es la interpretación que se hace del mismo, degenerando instituciones jurídicas para servir a determinado régimen; somos capaces de ir definiendo las interpretaciones a la luz de determinados objetivos. El derecho es el resultado de los procesos interpretativos y no de la actividad legislativa. La interpretación nos da para cualquier momento histórico, degenerando las mismas normas que antes se interpretaban de otra forma, forzando doctrinas a la luz de un ideal político, porque existen mentes degeneradas e interpretaciones degeneradas, y con ello se le puede dar al derecho un papel distinto para el que no estaba diseñado por el legislador, pues las doctrinas sirven a un fin¹.

Estas ideas expuestas por el profesor de la Universidad de Girona, permiten afirmar que al aplicar medidas cautelares haciendo una interpretación de la legislación, se corre el riesgo de que no se adecuada, porque es cierto que el legislador no imaginó el resultado de la aplicación

¹ GARCÍA AMADO, Antonio Y FERRER BELTRÁN, Jordi, *Derecho Degenerado*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2017.

de la ley, después de la interpretación distinta que cada juez hace. Sin embargo los jueces deben asumir un papel importante como garantes de los derechos fundamentales reconocidos en la constitución, como norma suprema y aplicar jurisprudencia de origen internacional a través del control de convencionalidad y constitucionalidad que deben ser normas con carácter *ius cogens* (norma imperativa de derecho internacional).

Como relata Ximena MEDELLÍN URQUIAGA, «...Las normas internacionales de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales tienen jerarquía constitucional...»².

Adicionalmente es oportuno señalar que “El bloque de constitucionalidad parte del supuesto según el cual las normas constitucionales no son sólo aquellas que aparecen en la carta, sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional, pero a los cuales la propia constitución remite, porque el derecho penal es una técnica de

definición, comprobación y represión de la desviación, y nuestro sistema procesal penal presenta la inevitable imperfección y fiabilidad de cualquier sistema nuevo.

V. La prisión preventiva

Tratamiento especial merece la medida cautelar prevista en la fracción XIV, del numeral señalado, donde se prevé: «La prisión preventiva». Esta medida cautelar se encuentra regulada en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y en el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, de la siguiente manera:

a) Requisitos de procedencia

Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. Sólo el Ministerio Público se encuentra legitimado para solicitarla. No podrá combinarse con otras medidas cautelares, *salvo* el embargo precautorio o la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren en el sistema financiero.

b) Duración de la prisión preventiva

Su duración no podrá exceder del máximo de pena que fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso podrá ser superior a dos años, salvo que 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

² MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, coedición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las NACIONES UNIDAS para los Derechos Humanos (OACNUDH), y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), México 2013, p. 7.

mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

VI. Tipos de prisión preventiva

a) Prisión preventiva de oficio

El juez de control, 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, delitos graves que determine la ley, contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

Las leyes generales de salud, establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

La ley en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

b) Excepción a la prisión preventiva oficiosa

El juez no impondrá la prisión preventiva oficiosa, la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público, por no resultar proporcional para garantizar:

- 1) La comparecencia del imputado en el proceso;
- 2) El desarrollo de la investigación;
- 3) La protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad.

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

c) Prisión preventiva por presunción

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 el supuesto de que esté siendo procesado por otro delito, deberá analizarse si Ambos procesos son susceptibles de acumulación,

En cuyo caso (si son acumulables) la existencia de proceso previo no dará lugar por sí solo a la prisión preventiva.

d) Prisión preventiva justificada

Sólo el Ministerio Público podrá solicitar la prisión preventiva o el resguardo domiciliario, cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar:

- 1) La comparecencia del imputado en el juicio,
- 2) El desarrollo de la investigación,
- 3) La protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.

e) Modalidades de la prisión preventiva

Casos en los que procede. Se podrá ejecutar en su domicilio o, en un centro médico o geriátrico, bajo las

medidas cautelares que procedan, si el imputado:

- 1) Es mayor de setenta años,
- 2) Está afectado por una enfermedad grave o terminal,
- 3) Se trate de embarazadas, o durante la lactancia.

f) Excepciones a las modalidades

No gozarán de dicha prerrogativa, quienes a criterio del juez de control puedan sustraerse de la acción de la justicia, o manifiesten una conducta que haga presumible su riesgo social.

La supervisión de la prisión preventiva está a cargo de la autoridad penitenciaria en los términos de la ley de la materia.

Esta es la regulación normativa de la prisión preventiva en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y en el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, de su lectura pareciera que no queda lugar a dudas en esa regulación, sin embargo sobresale por su contenido ambiguo y oscuro, el contenido del párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución, en el que después de establecer un listado de los delitos a los que se aplicará la prisión preventiva oficiosa, dispuso que se aplicará también a: «...delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos...». Entendemos que el contenido de esa frase es un ejemplo de los delitos a los que también se debe aplicar esa medida cautelar en forma oficiosa; sin embargo ese párrafo otorga un

amplio margen de discrecionalidad para que la autoridad jurisdiccional aplique su arbitrio y decida:

- a) ¿Cuáles son esos medios violentos a los que se refiere?
- b) ¿Qué se debe entender por armas y explosivos? y,
- c) ¿A qué delitos se aplica esa medida cautelar?

Como lo dice Mauricio DUCE J. y Cristián RIEGO R. «...se debe evitar en la máxima medida posible que las condiciones extremas de falta de autonomía y de vulnerabilidad que la detención representa puedan transformarse en objeto de abuso e instrumentalización por parte de los agentes de la persecución penal...»³.

La máxima autoridad judicial de este país, en su función interpretativa de las leyes, ha emitido diversas jurisprudencias y tesis aisladas, en las que ha definido que debe entenderse por “arma”. Desde el año 2001, emitió la Jurisprudencia bajo el rubro: ARMAS PROHIBIDAS. LO SON LAS NAVAJAS Y LOS CUCHILLOS, AUN CUANDO EXPRESAMENTE NO SE INCLUYAN EN EL ARTÍCULO 179 DEL CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE PUEBLA⁴.

³ DUCE, J. Mauricio y RIEGO, R. Cristián, *Proceso penal*, Editorial jurídica de Chile, Chile 2007, p. 165.

⁴ Tesis: VI.1o.P. J/18, de la Novena Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 829, Octubre de 2001, Tomo XIV,

En ella se señala que son armas e instrumentos prohibidos los puñales, verdugillos y demás armas similares ocultas o simuladas en bastones u otros objetos, que por su naturaleza son objetos para inferir heridas, y entran en el concepto de armas blancas, igual que las navajas y los cuchillos y deben conceptualizarse como armas prohibidas por la potencialidad ofensiva que constituye un peligro para la seguridad pública.

En diversa jurisprudencia bajo el rubro: PORTACIÓN DE ARMA PROHIBIDA. PARA VERIFICAR LA CONFIGURACIÓN DE ESE DELITO DEBE ATENDERSE A LAS CIRCUNSTANCIAS Y A LOS HECHOS QUE REVELEN LA FINALIDAD DEL SUJETO ACTIVO, INDEPENDIENTEMENTE DE LA NATURALEZA DEL INSTRUMENTO QUE SE PORTE (LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS DE QUERÉTARO Y MORELOS)⁵.

del SJF y su Gaceta, el número de registro 188690, bajo el rubro: ARMAS PROHIBIDAS. LO SON LAS NAVAJAS Y LOS CUCHILLOS, AUN CUANDO EXPRESAMENTE NO SE INCLUYAN EN EL ARTÍCULO 179 DEL CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE PUEBLA.

⁵ Tesis: 1a./J. 21/2008, de la Novena Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 287, Abril de 2008, Tomo XXVII, del SJF y su Gaceta, el número de registro 169833, bajo el rubro: PORTACIÓN DE ARMA PROHIBIDA. PARA VERIFICAR LA CONFIGURACIÓN DE ESE DELITO DEBE ATENDERSE A LAS CIRCUNSTANCIAS Y A LOS HECHOS QUE

Se señala que los tipos penales que describen este delito, exigen un elemento subjetivo específico consistente en que la conducta se realice “sin un fin lícito”; de ahí que para determinar cuándo un instrumento sólo puede utilizarse para agredir, debe atenderse a la finalidad ilícita de quien lo porta, es decir, a la intención de usarlo para agredir, por lo que debe atenderse a las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión que revelen la finalidad del sujeto activo, independientemente de la naturaleza objetiva y funcional del mencionado instrumento.

De la exposición de motivos de la reforma al artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, no se colige que dentro del vocablo “armas” se haya comprendido solamente a las armas de fuego, sino que su redacción es genérica, esto es, comprende tanto éstas como aquellas que sirvan para agredir, sin que requieran deflagrar cartuchos, consecuentemente, el significado del vocablo “armas” contenido en la disposición constitucional señalada, corresponde al definido genéricamente por el Diccionario de

REVELEN LA FINALIDAD DEL SUJETO ACTIVO, INDEPENDIENTEMENTE DE LA NATURALEZA DEL INSTRUMENTO QUE SE PORTE (LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS DE QUERÉTARO Y MORELOS).

la Real Academia Española como instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse y no exclusivamente a las armas de fuego.

*«De estos
enunciados y vocablos
que empleó el
legislador,
observamos que existe
un amplio margen de
discrecionalidad para
la autoridad judicial
al momento de aplicar
la ley, puesto que
tendrá que plasmar
en una resolución, si
un medio utilizado es
violento, si un objeto
utilizado es o no
“arma”, y cuando un
objeto reúne las
características de un
explosivo y cuál es su
límite para la
interpretación de
estos vocablos.»*

En esta línea de pensamiento, podemos afirmar que “un dedo”, “un puño”, “una piedra”, “un palo”, pueden considerarse “armas”, dadas las circunstancias y la intención con las que son utilizadas.

De ahí que la simple conducta del agente de portar un instrumento sin la intención de utilizarlo para agredir, no representa un peligro para la colectividad, por lo que la idoneidad de un instrumento para agredir, no depende de las características de éste, sino de la voluntad del agente que lo porta. En este sentido podemos afirmar que todo lo que una persona porte con la intención de agredir, es una “arma”; si además le agregamos que cometió un delito utilizando ese objeto con el que desarrollo violencia física o moral, la conclusión es que todas estas personas son merecedoras de la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa.

Por lo que hace al vocablo “medios violentos”, tampoco existe un criterio de interpretación claro de su contenido, pero podemos señalar que pueden ser medios violentos físicos o morales, a los que se refiere el párrafo segundo del artículo 19 Constitucional, y se utilizan como medios para la comisión de delitos, al ejercer violencia contra las personas, a quienes se les amenaza con palabras que llevan el anuncio de un mal presente e inmediato. Pero no existe un concepto claro para éste enunciado legal, por lo que es posible atribuirle

diversos significados, con el riesgo de que sea diverso a la intención del legislador cuando dijo “explosivos”.

De estos enunciados y vocablos que empleó el legislador, observamos que existe un amplio margen de discrecionalidad para la autoridad judicial al momento de aplicar la ley, puesto que tendrá que plasmar en una resolución, si un medio utilizado es violento, si un objeto utilizado es o no “arma”, y cuando un objeto reúne las características de un explosivo y cuál es su límite para la interpretación de estos vocablos.

Existe un amplio espacio de discrecionalidad judicial, que incide en la libertad de las personas, bajo la razón de no generar impunidad y buscar seguridad. Aun cuando existen una serie de garantías, que son vínculos normativos idóneos para asegurar la efectividad de los derechos subjetivos⁶.

Lo anterior ha traído como consecuencia, que cada autoridad, le dé un significado distinto, y existan tantos criterios como autoridades, en la aplicación de la prisión preventiva oficiosa y justificada, al no existir una aplicación homogénea de la ley, lo que ha contribuido a la desconfianza de la sociedad en sus autoridades y en el sistema procesal penal acusatorio.

⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Segunda Edición, España 1997, p. 21.

«...El proceso mismo es una tortura. De todos los males que hacen sufrir el inculpado durante el procedimiento, ninguno tan grave y tan injusto como la pérdida de la libertad...»⁷.

La solución no es ampliar el catálogo de los delitos que son merecedores de prisión preventiva oficiosa, pues existen estándares internacionales bien definidos para el uso de la prisión preventiva, en los que se ha establecido que la detención preventiva debe ser la excepción y no la regla, porque ninguna persona debe ser castigada antes del juicio y la libertad puede estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el proceso; la prisión preventiva afecta en forma grave e irreparable el estado de inocencia del imputado; la detención precautoria de una persona sin condena que declare su culpabilidad, constituye una gravísima afectación al estado de inocencia y la libertad ambulatoria de las personas, por eso debe ser medida excepcional.

En las resoluciones que han emitido los tribunales internacionales y organismos regionales y universales, se ha establecido que el

⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (coord.), *Código Nacional de Procedimientos Penales Estudios*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2015, p. 39.

objetivo es reducir la aplicación de las penas de prisión, y esto se logrará a través de buscar un equilibrio entre:

- a) Los derechos de los delincuentes,
- b) Los derechos de las víctimas, y
- c) El interés de la sociedad.

Existen tratados internacionales sobre medidas sustitutivas del encarcelamiento y estudios científicos que han demostrado que la prisión preventiva debe ser una excepción a la regla general que es la libertad. Es una garantía para las personas que se les respete el derecho a la libertad, con la limitación de la prisión preventiva. Porque volver a la aplicación excesiva de esta medida, no sólo es un retroceso, sino demuestra el poco valor que se tiene al derecho a la libertad y a la dignidad humana.

Se debe tener en cuenta que la base de los derechos humanos se encuentra en la dignidad humana. «...La dignidad humana es el reconocimiento del especial valor que tiene el individuo en el universo...»⁸.

⁸ CARPIZO, Jorge, «Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, julio-diciembre de 2011, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, disponible en: [<http://www.juridicas.unam.mx>], p 7., consultada en: 2017-07-10.

A lo anterior, debe agregarse que el principio de presunción de inocencia exige que la detención preventiva se aplique únicamente como medida extrema, tal como lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, conocidas también como (Reglas de Tokio de 1986).

Este principio exige que cualquier persona imputada por la realización de una conducta tipificada como delito, sea tratada como inocente durante el trámite del procedimiento, incluso desde antes de que se inicie y consiste en que el imputado no está obligado a probar su inocencia, cuando se le imputa la comisión de un delito, por no tener la carga de la prueba, y se encuentra previsto en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, el cual arroja la carga de la prueba al acusador y constituye un derecho que la Ley Suprema reconoce y garantiza, cuyo alcance trasciende a la órbita del debido proceso, pues en su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales, como la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, los cuales podrían resultar vulnerados por la aplicación desmedida de la prisión preventiva. Máxime que «...el

porcentaje de error es particularmente alto en la profesión legal...»⁹.

«La solución no es ampliar el catálogo de los delitos que son merecedores de prisión preventiva oficiosa, pues existen estándares internacionales bien definidos para el uso de la prisión preventiva, en los que se ha establecido que la detención preventiva debe ser la excepción y no la regla, porque ninguna persona debe ser castigada antes del juicio y la libertad puede estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el proceso; la prisión preventiva afecta en forma grave e irreparable el estado de inocencia del imputado; la detención precautoria de una persona sin condena que declare su culpabilidad, constituye una gravísima afectación al estado de inocencia y la libertad ambulatoria de las personas, por eso debe ser medida excepcional.»

⁹ ANDERSON, Terence *et al.*, *Análisis de la prueba*, traducción coordinada por Flavia CARBONELL y Claudio AGÜERO, Marcial Pons, Madrid 2015, p. 45.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversas resoluciones ha señalado que es un derecho que puede calificarse de “poliédrico”, en el sentido de que en su dimensión procesal tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal.

Una de esas vertientes se manifiesta como “estándar de prueba” o “regla de juicio”, el cual ordena a los jueces que absuelvan a los inculpados cuando durante el proceso penal no se hayan aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad del sentenciado; lo cual tiene una estrecha relación con la valoración de la prueba, en la medida en que este derecho establece las características que deben reunir los medios de prueba y quien debe aportarlos para considerarlos consistentes y suficientes para destruir este derecho; en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia.

En otra de sus vertientes se manifiesta como “regla de trato procesal” o “regla de tratamiento del imputado”, en la medida que este derecho establece el trato que debe darse a una persona que está sometida a un proceso penal. Pues este derecho se traduce en que todo imputado debe ser tratado como inocente hasta en tanto no se declare su responsabilidad en una sentencia

condenatoria y conlleva también la prohibición de la aplicación de cualquier medida que implique una pena anticipada.

«Se debe perfeccionar el catálogo de medidas cautelares, previsto en el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales, para que realmente garanticen la comparecencia del imputado al juicio, la efectividad de la sanción que llegara a imponerse en la sentencia, reducir el riesgo de fuga, impedir la continuación de su actividad delictual, conjurar el peligro para las personas, y para que no oculte o destruya los medios de prueba...»

La medida cautelar de prisión preventiva en un Estado Social y Democrático de Derecho, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, porque el propósito que orienta la aplicación de este tipo de medida cautelar, es de carácter preventivo y no sancionatorio; además de que se encuentra contrapuesto con el principio de presunción de inocencia, porque no es congruente considerar inocente a una persona cuando se encuentra en prisión preventiva compurgando una pena anticipada que pudiera llegar a imponérsele en la sentencia, pues la pregunta sería ¿y si resultó inocente?

Propuestas

Primera. Se debe perfeccionar el catálogo de medidas cautelares, previsto en el artículo 155 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, para que realmente garanticen la comparecencia del imputado al juicio, la efectividad de la sanción que llegara a imponerse en la sentencia, reducir el riesgo de fuga, impedir la continuación de su actividad delictual, conjurar el peligro para las personas, y para que no oculte o destruya los medios de prueba; para estos fines se deben adoptar las siguientes medidas cautelares:

- a) Que garantice debidamente la reparación del daño, no por sesenta días, prorrogables por treinta más,

sino por todo el tiempo que dure el proceso.

b) Para el caso de que se sustraiga a la acción de la justicia, hacer efectivas esas garantías en favor de la víctima u ofendido.

c) La incautación de sus documentos personales para impedir que se evada, por todo el tiempo que dure el proceso.

d) La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica, cuyo costo económico sea a su cargo.

e) La obligación de someterse a una vigilancia de una institución, señalando cuál será la institución que realizará esta vigilancia y de qué modo.

f) Le exhibición de una garantía económica suficiente para garantizar su presentación al juicio cuantas veces sea necesario. Apercebido que en caso de sustracción se harán efectivas en favor del Estado.

Segunda. Establecer con claridad los fines constitucionales de aplicar la prisión preventiva, los cuales deberán ser de cumplimiento obligatorio para la autoridad judicial y tendrán el propósito de afianzar el principio de excepcionalidad en la aplicación de esta medida cautelar y evitar su uso irracional y desproporcionado.

Tercera. Eliminar el excesivo margen de discrecionalidad en la aplicación la prisión preventiva como medida cautelar, eliminando de las leyes,

enunciados con indeterminación semántica, como una forma de responder a las apremiantes y legítimas demandas de una sociedad contemporánea, en sus reclamos de justicia.

Fuentes consultadas

Bibliografía

ANDERSON, Terence, *et al.*, *Análisis de la prueba*, traducción coordinada por Flavia CARBONELL y Claudio AGÜERO, Marcial Pons, Madrid 2015.

CARPIZO, Jorge, «Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, julio-diciembre de 2011, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, disponible en: [<http://www.juridicas.unam.mx>] , consultada en: 2017-07-10

DUCE, J. Mauricio y RIEGO, R. Cristián, *Proceso penal*, Editorial jurídica de Chile, Chile 2007.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Segunda Edición, Trotta, España 1997.

GARCÍA AMADO, Antonio y FERRER BELTRÁN, Jordi, *Derecho Degenerado*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2017.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (coord.), *Código Nacional de Procedimientos Penales Estudios*,

Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2015.

MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, coedición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las NACIONES UNIDAS para los Derechos Humanos (OACNUDH), y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), México 2013.

LOS ESTADOS DE QUERÉTARO Y MORELOS).

Tesis: VI.1o.P. J/18, de la Novena Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 829, Octubre de 2001, Tomo XIV, del SJF y su Gaceta, el número de registro 188690, bajo el rubro: ARMAS PROHIBIDAS. LO SON LAS NAVAJAS Y LOS CUCHILLOS, AUN CUANDO EXPRESAMENTE NO SE INCLUYAN EN EL ARTÍCULO 179 DEL CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE PUEBLA.

Legislación Nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Tesis: 1a./J. 21/2008, de la Novena Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 287, Abril de 2008, Tomo XXVII, del SJF y su Gaceta, el número de registro 169833, bajo el rubro: PORTACIÓN DE ARMA PROHIBIDA. PARA VERIFICAR LA CONFIGURACIÓN DE ESE DELITO DEBE ATENDERSE A LAS CIRCUNSTANCIAS Y A LOS HECHOS QUE REVELEN LA FINALIDAD DEL SUJETO ACTIVO, INDEPENDIENTEMENTE DE LA NATURALEZA DEL INSTRUMENTO QUE SE PORTE (LEGISLACIÓN DE

REVISIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES, BAJO LOS SUPUESTOS DE VARIACIÓN DE LAS CONDICIONES OBJETIVAS QUE GENERARON SU IMPOSICIÓN, ASÍ COMO DERIVADO DEL REPORTE DE INCUMPLIMIENTO Y OPORTUNIDAD PROBATORIA, EN AMBOS CASOS

Luis Alberto ROCHA PRIEGO*

SUMARIO: Introducción; **I.** Diversas audiencias de revisión de medidas cautelares; **II.** Audiencia de revisión de medidas cautelares, motivada por variación de las condiciones objetivas que originaron su imposición; **III.** Audiencia de revisión de medidas cautelares, derivada del reporte de incumplimiento, por parte de la autoridad encargada de su supervisión; **IV.** Oportunidad probatoria relacionada con las medidas cautelares; **V.** Motivos jurídicos que justifican la revisión de las medidas cautelares; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Introducción

El tratamiento dado a las medidas cautelares, dentro del marco del sistema procesal penal acusatorio, marca sin duda uno de los rasgos más distintivos, incluso quizá el de mayor significación, en parangón con el sistema, ahora llamado, mixto/escrito, inquisitivo/mixto o tradicional. Tal aserto, asido de la reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación, del 10 de junio del 2011, misma que por cuanto se refiere a la materia Penal, marca un hito en la regulación que actualmente deben darse a las medidas cautelares en general, y con un mayor énfasis diferenciador, a la prisión preventiva, cuya imposición era la regla que privaba en dicho sistema tradicional, en el que la excepción correspondía a la posibilidad de obtener la libertad

* Licenciatura en *Derecho* por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y Maestría en *Derecho* por la División de Estudios de Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México; Máster *La Protección Constitucional y en el Sistema Interamericano de los Derechos Fundamentales*, por la Universidad Complutense de Madrid, Instituto de Derecho Parlamentario y la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas; Especialidad en *Administración de Justicia en Materia Penal*, por el Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Ha ocupado diversos cargos judiciales en el Tribunal Superior de Justicia de la ahora Ciudad de México, como Secretario Projectista y Secretario de Acuerdos, en diversos juzgados en materia Penal, Secretario Projectista en diversas Salas en materia Penal, Juez en materia Penal y actualmente ocupa el cargo de Juez del Sistema Procesal Penal Acusatorio de la Ciudad de México, en funciones de Juez de Control.

caucionada, en los casos de ejercicio de la acción penal, respecto de figuras delictivas catalogadas como no graves, para esa específica finalidad, y lo cual podría derivar, de la clasificación jurídica que en su caso estableciera el Órgano Jurisdiccional, al resolver sobre la procedencia del procesamiento. Sobre la base de esa afirmación, si bien no pasa inadvertido que propiamente como tal, la reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos, no abordó de manera específica el tema de la prisión preventiva, sin embargo, resulta patente que la apertura al reconocimiento específico del *Bloque de Constitucionalidad*¹, así como el

¹ Dentro del concepto de *Bloque de Constitucionalidad*, de acuerdo con el Doctor Manuel Eduardo GÓNGORA MERA, se permite reconocer jerarquía constitucional a normas que no están incluidas en la Constitución nacional, así como que dicha inclusión, conduce a tres efectos jurídicos trascendentales, consistentes en que: 1) los tratados de derechos humanos prevalecen sobre la legislación interna; 2) los tratados de derechos humanos pueden ser considerados como parámetros de constitucionalidad concurrentes con las normas constitucionales nacionales, por lo que un conflicto entre un tratado de derechos humanos y una ley interna, puede derivar en una declaratoria de inconstitucionalidad; y 3) los derechos internacionalmente protegidos por los tratados de derechos humanos, pueden ser invocados a través de las acciones

explícito establecimiento de los criterios hermenéuticos de *Interpretación Conforme* y el principio *pro persona*, aunado a los obligados controles de Constitucionalidad y Convencionalidad, bajo un criterio de observancia *ex officio*, y el primero, bajo una aplicación difusa, por parte de todas las autoridades del país, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, es decir, abarcante de la actividad no solamente judicial, sino incluso administrativa, y todo lo cual, conduce con toda certeza a observar, bajo una mirada profunda, temas que en otras épocas no habían sido motivo de reflexión, como precisamente lo era el régimen cautelar que privaba en el sistema jurídico procesal penal mexicano, en el que incluso, cabría establecer sobre bases firmes, la inconventionalidad² que representa la

nacionales destinadas a tutelar derechos constitucionales.

² Como deriva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del *Caso J. Vs. Perú*, de 27 de noviembre de 2013, en la que en el párrafo 163, se establece: El Decreto Ley 25.475 de mayo de 1992, aplicable a delitos de terrorismo, dispuso que «[d]urante la instrucción no procede, sin excepción alguna, ningún tipo de libertad». A pesar que dicho Decreto Ley no estaba vigente al momento en el que se dictó la prisión preventiva de la señora J., la Corte recuerda que dicha medida cautelar no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su

procedencia de la prisión preventiva, bajo tipos de delito, ello al margen de la célebre Contradicción de Tesis 293/2011, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación³. Sin embargo, hoy en día, aún y cuando existe un vertiginoso avance en materia de tutela de los derechos

adopción. En este sentido, este Tribunal ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad 278, la cual, para que no se erija en una privación de libertad arbitraria, de acuerdo con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia.

³ Jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), de la Décima Época, sostenida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 202, Libro 5, abril de 2014, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2006224, bajo el rubro: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

fundamentales, sería sin embargo, deseable y oportuno, que dentro de las herramientas jurídicas de que actualmente se encuentran dotadas todas las autoridades del país, a quienes corresponde observar en el ámbito de sus respectivas funciones, el deber de respeto y garantía de los derechos fundamentales, como lo proclaman los artículos 1° Constitucional, párrafo tercero, así como 1.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se mantuviera presente asimismo, el *Juicio de Proporcionalidad*, como herramienta ponderativa expresamente regulada y bajo un régimen fundamental, de cardinal importancia no solamente en la ponderación dirigida a la restricción de cualquier derecho fundamental, sino incluso para resolver los problemas de tensión de derechos del mismo orden fundamental. Afortunadamente sobre el tema de las medidas cautelares, deja ver un gran avance, la regulación que ahora muestra el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, en tanto que comprende ya, aún y cuando difuso en su metodología, el Juicio de Proporcionalidad, bajo señalados artículos, y lo cual implica, el ineludible examen que debe preceder a cualquier restricción de derechos fundamentales, en el que subyacen también, como puntos destacados, la mínima intervención del Estado en la restricción de tales derechos, y la menor lesividad que debe generarse

con la imposición de una medida cautelar, el cual incluso se destaca, en la propia prisión preventiva de procedencia oficiosa, de la que podría prescindirse, bajo determinadas condicionantes, que llevaran a ver en forma objetiva y clara, su eventual desproporción en algún caso concreto, según deriva del artículo 167, último párrafo, del *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

Incluso, sobre el marco de dicha regulación, y la cual se destaca como punto de partida en este trabajo, existe una ardua controversia hoy en día —al menos hasta el momento de desarrollar este breve trabajo—, sobre la posibilidad de atender en el sistema inquisitivo/mixto, también denominado mixto/escrito o tradicional, a la regulación de las medidas cautelares, bajo el esquema del sistema acusatorio, esto es, estrictamente atendiendo a la necesidad de observar hacia su procedencia, un juicio de proporcionalidad —lo que será retomado en el apartado V, de este trabajo—, y lo cual ha generado una intrincada materia de controversia, a partir de lo establecido en el Transitorio Quinto, del Decreto legislativo de reformas y adiciones, al *Código Nacional de Procedimientos Penales*, entre otros Ordenamientos legales, publicada en el Diario Oficial de la Federación, del 17 de junio del 2016, en cuanto establece que:

Quinto.- Tratándose de aquellas medidas privativas de la libertad personal o de prisión preventiva que hubieren sido decretadas por mandamiento de autoridad judicial durante los procedimientos iniciados con base en la legislación procesal penal vigente con anterioridad a la entrada en vigor del sistema de justicia penal acusatorio adversarial, el inculcado o imputado podrá solicitar al órgano jurisdiccional competente la revisión de dichas medidas, para efecto de que, el juez de la causa, en los términos de los artículos 153 a 171 del Código Nacional de Procedimientos Penales, habiéndose dado vista a las partes, para que el Ministerio Público investigue y acredite lo conducente, y efectuada la audiencia correspondiente, el órgano jurisdiccional, tomando en consideración la evaluación del riesgo, resuelva sobre la imposición, revisión, sustitución, modificación o cese, en términos de las reglas de prisión preventiva del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como del Código Nacional de Procedimientos Penales. En caso de sustituir la medida cautelar, aplicará en lo conducente la vigilancia de la misma en términos de los artículos 176 a 182 del citado Código.

Lo anterior, bajo un apreciado contraste, visto así, de manera específica por el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del

Primer Circuito⁴, con relación al Transitorio Cuarto, de la reforma Constitucional del 18 de junio del 2008, en el que se estableció que: «**Cuarto.** Los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes con anterioridad a dicho acto.»

Sin embargo, sin pasar inadvertido que a partir de la propia concepción del *Bloque de Constitucionalidad*, tenemos que la fuente de los derechos

⁴ Tesis aislada I.10o.P.9 P (10a.), sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 1755, Libro 41, Abril de 2017, Tomo II, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2014085, bajo el rubro: LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. ACORDE CON LOS PRINCIPIOS DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, CERTIDUMBRE Y SEGURIDAD JURÍDICA, ES IMPROCEDENTE REVISAR Y MODIFICAR ESTE BENEFICIO DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO QUINTO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN, ADICIONAN Y DEROGAN DIVERSAS DISPOSICIONES, ENTRE OTRAS, DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 17 DE JUNIO DE 2016, SI EL PROCEDIMIENTO INICIÓ CONFORME AL SISTEMA PENAL TRADICIONAL.

fundamentales, no mantiene un criterio jerárquico, y que cuando se habla y visualiza la catalogación jerárquica normativa, no entra en terreno de controversia el principio de la supremacía Constitucional, ergo si bien en un caso, el Transitorio de la reforma Constitucional, proviene del Constituyente Permanente u órgano reformador de la Constitución, es decir, no solamente del Congreso de la Unión, sino asimismo de la mayoría de las legislaturas de las Entidades Federativas, entre ellas la Ciudad de México, como lo establece el artículo 135, de la Ley Fundamental, y que en el caso del Transitorio Quinto, de la llamada miscelánea Penal, gestada con relación, entre otros ordenamientos legales, con el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, publicada en el Diario Oficial de la Federación, del 17 de junio del 2016, resulta claro —en nuestra consideración—, que la interpretación que debe privar, gira en torno a los principios sobre los cuales deben promoverse, respetarse, protegerse y garantizarse, los derechos fundamentales, correspondientes a los de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y que precisamente este último, permite observar que los derechos humanos, deben atenderse bajo la regla de aplicación progresiva o no regresiva, y que en ese caso, en tanto que las necesidades de las medidas cautelares, en uno u otro sistema, no

tendrían por qué variarse, ya que la finalidad perseguida debe ser, ya en uno u otro, justamente la misma, y por ello es que bajo esa perspectiva, tendría, como una cuestión imprescindible, que ser procedente el análisis que pudiera efectuarse de las medidas cautelares, en uno u otro sistema, bajo una misma óptica, y que en ese sentido, asimismo dentro del sistema tradicional o inquisitivo mixto, tendría que caber la revisión de las medidas cautelares, como explícitamente puede tener lugar en el sistema acusatorio.

«...existe una ardua controversia hoy en día — al menos hasta el momento de desarrollar este breve trabajo —, sobre la posibilidad de atender en el sistema inquisitivo/mixto, también denominado mixto/escrito o tradicional, a la regulación de las medidas cautelares, bajo el esquema del sistema acusatorio, esto es, estrictamente atendiendo a la necesidad de observar hacia su procedencia, un juicio de proporcionalidad.»

I. Diversas audiencias de revisión de medidas cautelares

Una vez fijada la anterior reflexión, como punto de partida de este sencillo trabajo, se destaca que son dos las razones por las que puede generarse una audiencia dirigida a debatir sobre la revisión de la o las medidas cautelares impuestas, y sobre lo cual, son diversos los tratamientos o regulaciones a que debe enfocarse cada caso. Así, tenemos que las audiencias relativas al tema a estudio, pueden tener lugar, por una parte, hacia la revocación, es decir, a dejar sin efectos, o bien, a la variación, en disminución de la intensidad de la restricción al derecho fundamental materia de la intervención Estatal, por un lado, y por otra parte, orientada hacia la revisión que permita establecer, un incremento a la intervención de dicho derecho fundamental restringido, o incluso, en este segundo supuesto, evidenciar una sustracción al curso regular del procedimiento, por parte del imputado, que dé paso a su inevitable reconducción al mismo.

Sobre el primer caso, la revisión de las medidas cautelares, supone la imposición existente, de una restricción en el derecho fundamental a la libertad personal, que resulta mayor que aquella que debiera corresponder en el caso concreto, y ello al sobrevenir con motivo del cumplimiento de una o varias medidas cautelares, condiciones objetivamente apreciables, que

permitan justificar ante el Juez de control, que la medida cautelar que tendría que corresponder, conforme al fin legítimo a cumplir, deber ser menor a la originalmente impuesta, o en su caso, que resulta innecesaria, y bajo el primer supuesto, se solicita su modificación o sustitución, y en tanto que en la última hipótesis, se requiere que la misma sea revocada, por establecerse de manera patente, su condición innecesaria. En tal supuesto, y como una condición consecuente a la naturaleza de la solicitud, el señalamiento de la audiencia, debe producirse en el tiempo más breve posible, y que corresponde a cuarenta y ocho horas, lo que obedece a la necesidad de efectuar la citación o citaciones necesarias dirigidas a la presencia de las partes procesales que deban intervenir en la audiencia, conforme lo prevé el artículo 91, párrafo primero, del *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

En tanto que en el segundo supuesto, se parte de la base de un incumplimiento sobre la medida o medidas cautelares que se tienen impuestas, verificado de manera fehaciente y destacado así a partir del reporte de la autoridad encargada de la supervisión de tal cumplimiento⁵, por lo que en ese caso, se ameritará la revisión de tales medidas cautelares,

⁵ La Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y de Suspensión Condicional del Proceso.

bajo una finalidad de incremento, es decir, ya para imponer alguna o algunas de mayor severidad, o incluso en su caso, evidenciar la existencia de la sustracción por parte del imputado, al desarrollo ordinario de la tramitación judicial inmersa en el procedimiento, lo que de ser así, ameritará la emisión de la declaratoria de sustracción (en los términos del artículo 141, párrafo cuarto, del *Código Nacional de Procedimientos Penales*), y seguidamente el libramiento de la Orden de Aprehensión (en términos del fundamento legal últimamente señalado), así como la suspensión del proceso (conforme al artículo 331, fracción I, del Código Adjetivo Penal Nacional en consulta), como en su oportunidad será analizado en el capítulo **III**, de este trabajo. Ahora bien, en tal hipótesis de revisión de la o las medidas cautelares, se estará ante la necesidad de solicitar la audiencia correspondiente, a partir de la información que sea producida a las partes procesales, por la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y de la Suspensión Condicional del Proceso, y la urgencia de la programación de la audiencia, encuentra una ostensible disminución en relación con el supuesto anterior, ya que en tal hipótesis, el artículo 174, del Código Adjetivo Penal Nacional, centra esa solicitud, como de procedencia necesaria por la Representación Social, no obstante, nada impide que sea la víctima u

ofendido, en forma directa o por conducto de su Asesor Jurídico, los que requieran la realización de la audiencia correspondiente, y la cual deberá tener lugar, en el plazo más breve posible, según lo prevé el invocado artículo 174, en su párrafo segundo.

Por ello y en la medida en la que son distintas las finalidades que se persiguen en cada caso, la regulación y necesidades que involucra cada una de tales audiencias relacionadas con la revisión de las medidas cautelares, comprende un tratamiento específico, en el que incluso, pese a que en principio será imprescindible la presencia del imputado en una audiencia de revisión de medidas cautelares, como evidentemente debe tener lugar en todos los actos del procedimiento —salvo las excepciones que pueden tener lugar—, justamente por el hecho de tratarse del sujeto pasivo de la Acción Penal planteada, empero, en el caso de la revisión de las medidas cautelares, devenida del incumplimiento sobre las mismas, se estará ante la posibilidad e incluso necesidad, de conocer en principio, los antecedentes del caso, al inicio de la audiencia, en ausencia del imputado, que de manera eventual lleven a evidenciar su sustracción, lo que daría paso, para poder arribar a tal declaratoria de manera formal, de desarrollar la audiencia correspondiente en su ausencia, sin que con ello se vulnere el debido proceso legal, de acuerdo

con la naturaleza y características propias y específicas del caso.

«...son dos las razones por las que puede generarse una audiencia dirigida a debatir sobre la revisión de la o las medidas cautelares impuestas, y sobre lo cual, son diversos los tratamientos o regulaciones a que debe enfocarse cada caso. Así, tenemos que las audiencias relativas, pueden tener lugar, por una parte, hacia la revocación, es decir, a dejar sin efectos, o bien, a la variación, en disminución de la intensidad de la restricción al derecho fundamental materia de la intervención Estatal, por un lado, y por otra parte, orientada hacia la revisión que permita establecer, un incremento a la intervención de dicho derecho fundamental restringido, o incluso, en este segundo supuesto, evidenciar una sustracción al curso regular del procedimiento, por parte del imputado, que dé paso a su inevitable reconducción al mismo.»

II. Audiencia de revisión de medidas cautelares, motivada por variación de las condiciones objetivas que originaron su imposición

En primer término y como arriba quedó señalado, la vertiente de procedencia de la audiencia de revisión de medidas cautelares, se ve motivada por la variación objetiva de las condiciones que justificaron la imposición de una medida cautelar, y se encuentra dirigida a la revocación, sustitución o modificación, de la medida cautelar originalmente impuesta, es decir, mantiene el propósito de que la medida cautelar, quede sin efectos, o en su caso, sea sustituida por otra diversa, o bien, que se varíen hacia su disminución, las condiciones primigeniamente establecidas en su imposición, y lo cual puede tener lugar, ante cambios experimentados, que objetivamente permitan establecer, un evidente riesgo menor, de eventual sustracción por parte del imputado, al curso regular del procedimiento, y que consecuentemente permitan apreciar de manera patente, la posibilidad de asegurar su presencia en todos los actos de éste, y que en esa medida permitan revocar, o en su caso sustituir, o bien, modificar la medida cautelar impuesta originalmente; o en otro supuesto, cuando esa variación de las condiciones que objetivamente justificaron la imposición de una medida cautelar, esté referida al riesgo que se vea dirigido, hacia la víctima u ofendido, que ameriten su

protección a través de la medida cautelar, ya sea respecto de una o varias víctimas, y asimismo, se haya reducido significativamente tal peligro, de manera objetiva; o en otro supuesto y por último, en lo que toca al riesgo de obstaculización de la investigación, caso en el que asimismo, se aporten datos que permitan advertir de manera clara, la reducción de peligro hacia tal obstaculización.

«... la vertiente de procedencia de la audiencia de revisión de medidas cautelares, se ve motivada por la variación objetiva de las condiciones que justificaron la imposición de una medida cautelar, y se encuentra dirigida a la revocación, sustitución o modificación, de la medida cautelar originalmente impuesta...»

En suma, la naturaleza de dicha audiencia, implica la modificación de manera objetiva o patente, de la información que sirvió originariamente para justificar la procedencia de la o las medidas cautelares, con respecto a alguno de los fines legítimos que hacia su procedencia, prevé el artículo 153, del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, a saber: asegurar la presencia del imputado en el procedimiento; garantizar la seguridad de la víctima u ofendido, o del testigo, así como la comunidad, en el caso de la prisión preventiva; o bien, evitar la obstaculización del procedimiento.

En tales casos, la audiencia deberá tener una programación casi inmediata, es decir, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a dicha solicitud, según lo establece el artículo 162, del Código Adjetivo Penal Nacional, o sea, el tiempo mínimo requerido para la citación de una persona que deba acudir a una diligencia judicial, conforme al artículo 91, párrafo primero, del mismo Código Procesal invocado, que en principio, deberán ser las partes procesales, sin perderse de vista, el eventual, aún y cuando altamente improbable, requerimiento de auxilio judicial para la presentación de peritos o testigos, y lo anterior derivado de la apremiante necesidad de generación de la audiencia, justificada en la posibilidad de que el imputado sujeto a una medida cautelar privativa o

restrictiva en gran medida de su libertad personal, recobre ésta, o bien, que se vea atenuada de manera significativa la limitación originalmente impuesta, y por tanto, es que la necesidad de generar de manera inmediata la audiencia en la que se verificará ese planteamiento, guarda una premura que resulta natural a la consecuencia jurídica a que puede llevar la eventual concreción en la justificación de esa variación de gran importancia y objetivamente apreciable, de las condiciones que dieron paso a una originaria imposición de una o varias medidas cautelares.

III. Audiencia de revisión de medidas cautelares, derivada del reporte de incumplimiento, por parte de la autoridad encargada de su supervisión

Sobre el orden de desarrollo que se sigue, atinente ahora, a la diversa audiencia de revisión de medidas cautelares, que se origina derivado de un reporte de incumplimiento de la medida o medidas cautelares que tenga impuestas el imputado, dicha audiencia, conforme lo prevé el artículo 174, del Código Instrumental Penal Nacional, mismo que fue reformado en sus párrafos segundo, tercero y cuarto, de acuerdo con el Decreto legislativo del 17 de junio del 2016, establece que cuando la autoridad de supervisión del cumplimiento de la medida cautelar, detecte el incumplimiento de la

misma, de manera inmediata deberá informar sobre ello a las partes, con la finalidad de que estén en condiciones de solicitar la revisión de la medida cautelar incumplida. Y referido al Órgano Ministerial, establece el segundo párrafo de dicho artículo, que cuando reciba el agente del Ministerio Público, noticia de dicho incumplimiento, deberá hacer la solicitud de la audiencia, en el plazo más breve posible, o bien en su caso, solicitar la comparecencia o aprehensión del imputado. Ahora bien, para la presencia a dicha audiencia por parte del imputado, y en tanto que el incumplimiento, encierra ya de manera incierta, un viso de su sustracción al curso regular del procedimiento, la injustificación que pudiera derivar de su inasistencia a la audiencia, y dado que se precede de un informe de incumplimiento, da paso a no demorar el eventual libramiento de una orden de aprehensión, como forma de reconducción del imputado al proceso, ya que la posible justificación que pudiera dirigir a su incomparecencia, se ve limitada al propio inicio de la audiencia, lo cual implica, que su justificación, tendrá que efectuarse por algún medio, diverso a su presencia física, incluso a través de un emisario, porque de no ser así, entrañaría un contrasentido que al inicio de la audiencia, estando el imputado presente, debiera justificar una inasistencia. Si bien es cierto, este punto, es decir, el límite a

la posibilidad de justificar la eventual ausencia a la indicada audiencia, tendría que necesariamente enfatizarse en la notificación y/o citación que le fuera dirigida para su presencia en la misma, y ello derivado de las consecuencias jurídicas que pudiera entrañarle no asistir a tal acto judicial, aunque en principio tuviera justificación para dejar de asistir, ello evidentemente mantiene la condición, de agilizar lo que pudiera derivar en una muy evidente sustracción al desarrollo normal del procedimiento.

De tal manera, y siguiendo con la eventual inasistencia injustificada que pudiera observar el imputado, en tal caso, hacia la justificación que tendría que sustentar el mandato de captura, derivado de su inasistencia, mantiene inmersa ya la injustificación, requerida por el artículo 141, párrafo cuarto, del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, para dar paso a la procedencia de la captura del imputado, sin necesidad ya de concesión por parte del Órgano Jurisdiccional, de un plazo hacia el fin justificativo de su inasistencia, que postergaría aún más, su localización, ello porque el reporte de incumplimiento de la autoridad supervisora del cumplimiento de la medida cautelar, encierra ya un dato que objetivamente mantiene gran relevancia para poder establecer que guarda una condición de sustraído al curso normal de la substanciación

procedimental, y lo cual, general y convenientemente deberá conjugarse con alguna otra información, tal como las circunstancias en las que se logró, o bien, no fue posible efectuar su notificación sobre el motivo que generó la audiencia y la citación a ésta, ya que tendrá que ver, con la localización que pudo tenerse del domicilio proporcionado para ese fin, o bien, si el imputado es conocido en el mismo, o en otro supuesto, si puede sostenerse que no habita en ese lugar, o que en su caso, el domicilio es inexistente, a partir de la información proporcionada. En tales casos, como es evidente, serán las condiciones propias, en que se gesta dicha audiencia, las que proporcionarán el panorama objetivo hacia la determinación que tenga que tomar el Juez de control, es decir, el análisis a efectuar a partir de la solicitud concreta que le sea dirigida, tendrá que ver, de manera directa, con la declaratoria de sustracción que pueda generarse, en términos del artículo 141, párrafo cuarto, del Código *Nacional de Procedimientos Penales*, ya que la eventual presencia del imputado a la audiencia, en términos generales, disipará la posibilidad de generar una variación importante de la medida cautelar que tenga impuesta, ello en tanto que por cuanto hace al riesgo de sustracción, es claro que el mismo se verá difuminado, precisamente con el cumplimiento sobre su presencia a la audiencia referida. De no ser así, ante

el antecedente de incumplimiento, facilitará notoriamente la declaratoria de sustracción que pudiera cernirse en torno a su condición jurídica, ya que como se señaló, inclusive esa inasistencia, precedida del informe de incumplimiento a la medida o medidas cautelares impuestas, que constituyó precisamente la causa generadora de la audiencia, llevará ya a tornar como injustificada esa inasistencia, para los fines de la declaratoria de sustracción, en términos del artículo 141, párrafo cuarto, del Código Adjetivo Penal Nacional. Adicionalmente a tal causa generadora de la declaratoria de sustracción, se tiene la relativa a la fuga del establecimiento o lugar, en el que permanezca detenido, o en su caso, la ausencia de su domicilio, sin aviso, teniendo la obligación de darlo. Respecto a esta última causa, como se adelantó, será de ingente provecho, la información con la que se cuente en torno a su notificación y citación a la audiencia en mención, ya que el acta circunstanciada que asiente el notificador adscrito a la Unidad de Gestión Judicial respectiva, llevará a establecer los pormenores de la diligencia correspondiente, que conducirán a establecer, la existencia o no del domicilio señalado, o bien, si el mismo pertenece o no al imputado, como información de utilidad hacia el establecimiento de la ausencia del domicilio originalmente proporcionado, para la práctica de las diligencias de notificación o citaciones

con motivo del curso procedimental, y que lleven a establecer, un dato objetivamente apreciable, que permita el pronunciamiento de sustracción.

En tales casos, y no obstante la obligada solicitud Ministerial, dirigida a la generación de un acto de molestia o intervención de derechos fundamentales, como lo constituye la Orden de Aprehensión, el propio artículo 141, párrafo cuarto, del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, establece que la declaratoria de sustracción, llevará a la emisión de una Orden de Aprehensión, es decir, ésta constituye un correlato natural de dicha declaratoria, y lo cual tiene razón de ser, ya que precisamente el indicado mandato de captura, mantiene una connotación de reaprehensión, reconducción o reincorporación, que para ese fin específico, tal orden de reaprehensión, no se mantiene regulada por la citada Codificación Adjetiva Nacional, sin embargo, es claro que tal determinación de aprehensión, en esos casos, no constituye el acto de molestia que entraña el libramiento de una orden de aprehensión, bajo la connotación que guarda conforme al artículo 16 Constitucional, párrafo tercero, es decir, propiamente como una garantía individual, o carga de exigencia hacia la autoridad, para el efecto de poder restringir la libertad personal de un investigado, bajo requisitos muy particulares, esto es, que pese sobre él, la probabilidad, justificada en

datos de prueba, de su intervención, ya como autor o como partícipe, en un hecho que la ley señala como delito, ello a diferencia de la orden de aprehensión derivada de la declaratoria de sustracción, en la que incluso —bajo una opinión personal—, no se amerita el sigilo que implique la celebración de la audiencia correspondiente, en la que deberá efectuarse la solicitud de la Orden de Aprehensión, sin presencia de público en la sala de audiencias, ya que su procedencia, deriva de una declaratoria de sustracción, lo que implica en tal caso, que evidentemente el imputado, que guarda esa condición de sustraído al curso normal del procedimiento, tiene conocimiento de esa condición que mantiene, y por tanto —bajo un criterio propio—, se hará innecesaria la excepción al principio de publicidad, generado por el sigilo que deberá mantener la determinación que pueda emitir el Órgano Jurisdiccional, derivado de que en ese supuesto, la procedencia de la aprehensión, no amerita más trámite, que la existencia ya de una declaratoria de sustracción, y lo cual implicaría, que posterior a dicha declaratoria de evasión, se solicitara la desocupación de la sala de audiencias, para emitir pronunciamiento en audiencia privada el Órgano Jurisdiccional, sobre la solicitud de la Orden de Aprehensión, que tuviera que efectuar el Órgano Ministerial,

cuando ésta, en esos casos, corresponde a una consecuencia necesaria, para lograr la reconducción del imputado al proceso.

«En cuanto hace a la oportunidad probatoria, si partimos de la base, de que en el sistema acusatorio, tenemos paralelamente a la libertad probatoria, como lo preconiza el artículo 259, párrafo primero, del Código Instrumental Penal Nacional, asimismo la libertad probatoria, como por su parte lo establecen los Artículos 20 Constitucional, Apartado A, fracciones II y X, así como 259, párrafo segundo, y 265, del propio Ordenamiento Penal Adjetivo invocado, de ello resulta que el promovente de esa audiencia, tendrá la oportunidad de manera libre, no solamente de presentar datos de prueba, sino evidentemente, de ofrecer y en su caso, desahogar medios probatorios, que permitan al juzgador advertir de manera patente u objetiva, la variación de las condiciones que originalmente se tuvieron en consideración para la imposición de la o las medidas cautelares...»

IV. Oportunidad probatoria relacionada con las medidas cautelares

En cuanto hace a la oportunidad probatoria, si partimos de la base, de que en el sistema acusatorio, tenemos paralelamente a la libertad probatoria, como lo preconiza el artículo 259, párrafo primero, del Código Instrumental Penal Nacional, asimismo la libertad probatoria, como por su parte lo establecen los artículos 20 Constitucional, Apartado A, fracciones II y X, así como 259, párrafo segundo, y 265, del propio Ordenamiento Penal Adjetivo invocado, de ello resulta que el promovente de esa audiencia, tendrá la oportunidad de manera libre, no solamente de presentar datos de prueba, sino evidentemente, de ofrecer y en su caso, desahogar medios probatorios, que permitan al juzgador advertir de manera patente u objetiva, la variación de las condiciones que originalmente se tuvieron en consideración para la imposición de la o las medidas cautelares, y lo cual se justifica sobre la base de lo establecido por el artículo 163, del Código Instrumental en consulta, que justamente establece tal libertad probatoria hacia ese fin, sin embargo, en dicho artículo se prevé que dicha apertura probatoria, no únicamente se ve referida a la posibilidad de revocar, modificar o sustituir una medida cautelar, sino que adiciona, la imposición y la confirmación de la misma, lo que

lleva a apreciar, y como lo anuncia el acápite de dicho artículo, que no solamente alude a la libertad probatoria, con respecto a la revisión de una medida cautelar, sino asimismo dirigida a su imposición.

No obstante, en cuanto hace a la imposición de la medida cautelar, se parte de una base diversa, que en principio, tendría cabida respecto de una vertiente de tramitación asimismo diferente, como corresponde en principio, a la temporalidad de fijación de la audiencia correspondiente, ya que según se aprecia de las diversas audiencias de revisión de las medidas cautelares, que como se dijo, giran bajo dos supuestos, el primero de ellos, cuando se varían las condiciones objetivas que originalmente llevaron a su imposición, a grado tal, que resulta una alta probabilidad de que sea obtenida la libertad del imputado mediante la revocación, modificación o sustitución de la medida cautelar impuesta; mientras que en el segundo de los supuestos, la necesidad de generar audiencia, no resulta bajo una condición apremiante, conforme a la regulación legal establecida para ello, y corresponde al supuesto en el que la medida cautelar, se haya incumplido, caso en el cual —como quedo visto en el punto anterior—, la solicitud de audiencia, que se deja en manos de la Representación Social, deberá efectuarse en el plazo más breve posible, según lo prevé el artículo 174,

párrafo segundo, del Ordenamiento Adjetivo Penal Nacional, ello sin soslayar, que evidentemente cabría asimismo tal solicitud de audiencia, cuando fuera la víctima u ofendido, por propio derecho o a través del Asesor Jurídico, quien promoviera su celebración, y este segundo supuesto, persigue como propósito por el solicitante, por un lado, la modificación de la medida cautelar, de tal manera que lleve a la imposición de una diversa, que necesariamente implicará una intensidad mayor en la intervención del derecho fundamental a la libertad personal, ya que se parte de la base de un incumplimiento de la medida cautelar, así informado por la autoridad encargada de su supervisión, o bien incluso, como otra posibilidad viable, que conduzca a evidenciar un supuesto de sustracción, que ineluctablemente dará lugar a la reconducción del imputado al decurso de la substanciación procedimental.

Sin embargo, la imposición como tal, que se persiga respecto de una medida cautelar, en cuanto hace a la audiencia que fije como tema específico esa solicitud, no encuentra una regulación concreta bajo ese particular, a partir de que las dos diversas audiencias en señalamiento, recogidas respectivamente, bajo los supuestos de los artículos 161 y 174, del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, tienen por objeto, revisar la medida cautelar que ya se tenga

impuesta, dirigidas hacia una u otra finalidad de las que hemos referido, y no en cambio, orientada a su imposición, aunque, como quedó visto, en términos del artículo 163 del Ordenamiento legal invocado, la oportunidad probatoria, puede orientarse a la imposición de una medida cautelar, si es que dentro de las oportunidades para ingresar al debate de ese tema, de acuerdo con el artículo 154, del Cuerpo normativo en consulta, es decir, una vez formulada la imputación, y previo a la suspensión de la audiencia, en el caso de acogimiento al término constitucional o su duplicación, o en su caso, al haberse determinado la procedencia de la vinculación a proceso, o bien, bajo una posibilidad, no se solicitó medida cautelar, o en su caso, habiendo surgido debate hacia ese fin, se determinó la innecesidad de la medida cautelar impetrada.

Ahora bien, volviendo al tema de la oportunidad probatoria hacia la variación, o en su caso, la imposición de la medida cautelar, no debe perderse de vista en primer término, que atinente a la imposición, dicha solicitud puede tener lugar dentro de la audiencia inicial, una vez formulada la imputación, y por tanto, dentro del término Constitucional, en el caso de acogimiento al mismo por parte del imputado, o bien, para el supuesto de solicitud de su duplicación, y en esa hipótesis, conforme lo establece el artículo 154, último párrafo, del Código Nacional de

Procedimientos Penales, se podrán ofrecer los medios probatorios dirigidos al establecimiento de la medida cautelar, con las limitantes de la pertinencia del medio probatorio, y que el desahogo que en su oportunidad pueda verificarse del mismo, esté en condiciones de tener lugar en las siguientes veinticuatro horas.

«... volviendo al tema de la oportunidad probatoria hacia la variación, o en su caso, la imposición de la medida cautelar, no debe perderse de vista en primer término, que atinente a la imposición, dicha solicitud puede tener lugar dentro de la audiencia inicial, una vez formulada la imputación, y por tanto, dentro del término Constitucional, en el caso de acogimiento al mismo por parte del imputado, o bien, para el supuesto de solicitud de su duplicación, y en esa hipótesis, conforme lo establece el artículo 154, último párrafo, del Código Nacional de Procedimientos Penales, se podrán ofrecer los medios probatorios dirigidos al establecimiento de la medida cautelar, con las limitantes de la pertinencia del medio probatorio, y que el desahogo que en su oportunidad pueda verificarse del mismo, esté en condiciones de tener lugar en las siguientes veinticuatro horas.»

Adicionalmente, conviene hacer referencia en este momento, a colación del tema de la oportunidad probatoria que ahora nos ocupa, que tocante a éste, referido propiamente al desahogo de medios probatorios durante el transcurso del término Constitucional o en la dilación de éste, por parte de la Defensa o el imputado, se ve en principio restringida, únicamente para los casos en los que se trate de hechos que la ley señale como delitos, que ameriten la imposición oficiosa de la medida cautelar de prisión preventiva, o bien, que se trate de otra medida cautelar, de carácter personal, aunque sin precisión sobre este punto. Es decir, en relación con este particular, conforme a la adición de un segundo párrafo al artículo 314, y la reforma al artículo 315, párrafo primero, ambos del Código Instrumental del que se viene haciendo consulta, conforme al Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, del 17 de junio del 2016, la oportunidad de ofrecer y desahogar medios probatorios, tiene directa relación con la medida cautelar que pudiera tener surgimiento en el caso concreto, lo cual sin embargo, entra en colisión con el derecho fundamental que deriva del artículo 20, apartado B, fracción IV, de la Constitución Política Federal, que incluso, establece la obligación de brindar el auxilio judicial para la presentación de testigos o peritos, cuya presencia fuera necesaria ante el Órgano

Jurisdiccional, lo que condice con lo establecido por el artículo 8.2, inciso f), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y sin perder de vista la independencia que guardan, en principio, la determinación de vinculación a proceso, y la relativa a la procedencia de medidas cautelares, aunado a no soslayarse que tal limitación únicamente está referida a la posibilidad de desahogar medios probatorios, y no por cuanto hace a la presentación de datos de prueba, y tiene derivación, de las figuras delictivas materia de la Acción Penal, que ameriten la imposición oficiosa de la medida cautelar de prisión preventiva, así como tratándose de alguna otra medida cautelar de carácter personal, sin que se haga referencia precisa, qué tendría que entenderse por tal, y en consecuencia, cuáles medidas cautelares encontrarían cabida en ese supuesto restrictivo, para el desahogo de medios probatorios, y ya que tampoco puede pasar inadvertido, que incluso la prisión preventiva de procedencia oficiosa, podría ser sometida en casos específicos, al examen de proporcionalidad que amerita su imposición, cuando se estableciera la desproporcionalidad que implicaría su aplicación, y conforme a lo establecido por el artículo 167 último párrafo, del *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

Anotado lo anterior, y una vez que han quedado definidos los supuestos de procedencia de las

diversas audiencias que pueden tener verificativo con el tema específico de revisión de las medidas cautelares, y la libertad probatoria que puede verificarse en torno a ello, es decir, la cabida de medios probatorios tanto personales como materiales, con la única limitante de la licitud del medio elegido, tenemos que para el caso de la revisión de la medida o medidas cautelares que se tengan impuestas, y bajo el enfoque de la regulación que deriva del artículo 161 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, tenemos que la audiencia que se origine en ese supuesto, tendrá que verificarse, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, y la finalidad que persigue el promovente de la misma, corresponde a disipar los supuestos que generan los riesgos específicos que hayan dado paso a la imposición de la medida cautelar, y referidos justamente a los fines legítimos que justifican la imposición de la medida cautelar, es decir, los establecidos por el artículo 153, del Código Adjetivo en consulta, y que en lo que hace al riesgo de sustracción del imputado, los medios probatorios a desahogar, estarán fijados hacia el establecimiento de que el imputado cuenta con arraigo, no solamente en un ámbito domiciliario, sino familiar o laboral, que disipan el riesgo de que se ausente del curso procedimental, ya sea que ese arraigo, se vea acentuado en algunos de esos órdenes, que reduzcan significativamente el riesgo de

sustracción, o bien, aquéllas circunstancias o referencias que lleven a justificar el comportamiento del imputado, asumido durante el curso del procedimiento, que permitan evidenciar que no mantiene una intención clara y firme de evadir su intervención dentro de la substanciación procedimental. En general, si fueron tomados en consideración por el Juez, alguno o diversos factores de riesgo referidos por las circunstancias que se establecen por el Artículo 168, del Código Instrumental invocado, los medios probatorios que se desahoguen, deberán mirar a la disipación de cualquiera de tales condiciones que fueron observadas en su imposición. Lo mismo tendrá lugar, en cuanto se refiere al riesgo que se aprecia hacia la víctima u ofendido, testigos, así como a la sociedad, por cuanto se refiere a la prisión preventiva; y finalmente, en lo que toca a los peligros que se vislumbren, relacionados con la obstaculización que pudiera generar el imputado, en torno a la investigación que se desarrolle.

Cabe destacar que en lo que hace a la prisión preventiva, y la oportunidad probatoria con la que se cuenta, para su revisión, sustitución, modificación o cese, asimismo se recoge, en lo que se refiere a su imposición, de acuerdo con lo establecido por el Artículo 171, del Código Adjetivo Penal Nacional.

«... para el caso de la revisión de la medida o medidas cautelares que se tengan impuestas, y bajo el enfoque de la regulación que deriva del artículo 161 del Código Nacional de Procedimientos Penales, tenemos que la audiencia que se origine en ese supuesto, tendrá que verificarse, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, y la finalidad que persigue el promovente de la misma, corresponde a disipar los supuestos que generan los riesgos específicos que hayan dado paso a la imposición de la medida cautelar.»

En términos generales, sobre lo relativo a la oportunidad probatoria, relacionada con la imposición de las medidas cautelares, puede sostenerse que la misma, no encuentra limitaciones, salvo por la impertinencia e ilicitud, que pudiera dejar ver el medio probatorio ofrecido, y lo anterior, hacia la variación de una medida cautelar,

dirigida a su disminución, al ser sustituida por otra, o bien, hacia su revocación. Incluso, esa oportunidad, se tiene cuando se trate de la imposición de una medida cautelar, no obstante, ello tendría que derivar de la no imposición originariamente de la misma, que dé lugar a la necesidad de solicitarla.

V. Motivos jurídicos que justifican la posibilidad de revisar las medidas cautelares

De lo que hasta aquí llevamos expuesto, y antes de ingresar al segmento conclusivo de este sencillo trabajo, resulta conveniente descollar la significación, naturaleza, alcances y consecuencias jurídicas de las medidas cautelares, dentro del Procedimiento Penal en general, es decir, escindido de cualquier sistema en el que se establezca su regulación, y con un énfasis mayormente acentuado, al manifestarse como uno de los rasgos de mayor trascendencia e importancia, que permite distinguir una de las bondades de mayor relieve que ve el sistema penal acusatorio, incluso con posibilidad de sostener, que se mantiene a la par, de tres de los principios cardinales que lo caracterizan, como son la publicidad, contradicción e inmediación, y quizá atrás de éstos, la concentración y continuidad, por dar pábulo estos últimos, a consecuencias propias de inmersión dentro del procedimiento, empero que podría sostenerse, que asimismo caracterizaban ya al

recientemente extinguido sistema mixto/escrito. En efecto, las medidas cautelares en el sistema acusatorio, bajo una adecuada técnica hacia la limitación de los derechos fundamentales que entran en juego con su imposición, y partiendo de la base de que éstos (los derechos fundamentales), deben ser entendidos como principios, y por tanto, mandatos de optimización, que se mantienen inmersos, no en un artículo en particular, sino que pueden derivar de un conjunto de éstos, y la técnica de aplicación respecto de los mismos, es la ponderación, a diferencia de las normas, que fijan reglas de conducta, bajo una connotación jurídica, con todas sus características, y cuyo método aplicativo, corresponde a la subsunción⁶, es decir, que una vez

reunido el supuesto fáctico que prevén, tiene cabida de modo indefectible en su aplicación, la norma jurídica de que se trate, y a diferencia de los principios, en que se ven representados o propiamente se guardan inmersos los derechos fundamentales, de tal manera que la técnica de aplicación para éstos, la cual corresponde a la ponderación, llevará a la necesidad de aplicar una metodología específica, para optar por uno y no por otro, en los casos de colisión de tales derechos fundamentales, y que en lo que toca a su restricción, será menester observar, de manera ineludible y por tanto forzosa, un método específico, que se pliega a la técnica específica que observa el juicio de proporcionalidad, como se anotó en la parte introductoria de este trabajo.

Sobre tal base, tenemos que la imposición de una medida cautelar, en tanto que implica la restricción de al menos un derecho fundamental, como lo es la libertad personal, y evidentemente, todos los diversos que puedan derivar del ejercicio del mismo por parte del imputado sobre el que recae, debe verse originada en un fin legítimo, que precisamente como tal, justifique esa restricción, y que en el caso de las medidas cautelares, se recogen por el artículo

⁶ A ese respecto, Carlos BERNAL PULIDO, citando a Robert ALEXI, señala que en el mundo jurídico global, se acepta cada día más la tesis de que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos básicos de normas: las reglas y los principios. Estos dos tipos de normas se aplican por medio de dos procedimientos diversos: la subsunción y la ponderación. BERNAL PULIDO, Carlos, «La Racionalidad de la Ponderación», dentro de la obra co-autoral: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Serie Justicia y derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad, Editor Miguel Carbonell, Quito, Ecuador, 2008, p. 43, disponible en:

[http://www.alfonsozambano.com/minjusticia/220810/mj-principio_proporcionalidad.pdf], consultada en: 2017-07-10.

153 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, y corresponden a la necesidad de asegurar la presencia del imputado a todos los actos del procedimiento, que permitan cumplir con las formalidades esenciales del mismo, bajo el cauce del Debido Proceso Legal. Adicionalmente, tal restricción del derecho fundamental a la libertad personal, y los diversos que deriven en cada caso sobre la limitación o reducción que se amerite, tendrá asimismo que ver con el fin legítimo que implica la protección de la víctima u ofendido y de los testigos del hecho con que se relaciona la Acción Penal, y adicionalmente, se vincula dicha legitimidad que entraña la imposición de tal medida, a la protección de la sociedad en general, en lo que se refiere a la prisión preventiva. Finalmente, asimismo la restricción de la libertad personal del imputado, tendrá que ver con la no obstaculización del procedimiento, y específicamente referido, a los actos de investigación que puedan tener lugar en el mismo y conforme a su regulación.

Fijados los fines legítimos sobre los que puede tener lugar esa restricción de los derechos inherentes a cada caso de restricción de derechos, que con la imposición de las medidas cautelares tendrán lugar, se amerita establecer, en primer término, si la medida cautelar que se propone aplicar, es idónea para alcanzar el fin legítimo al que se dirige, para

enseguida, apreciar si adicionalmente, la restricción que implica la imposición de la medida cautelar, es necesaria, y lo cual tiene que ver, con la oportunidad de mirar hacia otras alternativas posibles, y lo que se relaciona, precisamente con los principios de mínima intervención, así como con el de menor lesividad, a que de manera respectiva, se refieren los párrafos primero y último, del artículo 156 del Código Instrumental Penal Nacional.

Finalmente, y como último subprincipio abarcado por el juicio o examen de proporcionalidad, se tiene al de proporcionalidad en un sentido estricto, y lo cual amerita establecer, que el derecho o valor fundamental del imputado, que se restringe con la medida cautelar impuesta, se encuentre justificado o respaldado, precisamente en la necesidad de precaver alguno de los fines legítimos que justifican la imposición de las medidas cautelares, y lo cual subyace en el propio principio de ponderación, que debe necesariamente tener cabida, cuando surge una tensión de derechos, ya que propiamente, el juicio de proporcionalidad, constituye una tensión o conflictiva de derechos fundamentales, en el que se enfrentan o colisionan, por una parte, los que constituyen los fines legítimos hacia la procedencia de la restricción, y en otro extremo, el derecho fundamental que se encuentre inmerso en la restricción de que se trate.

«... tenemos que la imposición de una medida cautelar, en tanto que implica la restricción de al menos un derecho fundamental, como lo es la libertad personal, y evidentemente, todos los diversos que puedan derivar del ejercicio del mismo por parte del imputado sobre el que recae, debe verse originada en un fin legítimo, que precisamente como tal, justifique esa restricción, y que en el caso de las medidas cautelares, se recogen por el artículo 153 del Código Nacional de Procedimientos Penales, y corresponden a la necesidad de asegurar la presencia del imputado a todos los actos del procedimiento, que permitan cumplir con las formalidades esenciales del mismo, bajo el cauce del Debido Proceso Legal.»

Tal juicio de proporcionalidad, visto así como metodología aplicada a

los casos en los que un derecho fundamental deba verse restringido o limitado, no solamente es abarcado, bajo esa concepción, por diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷, sino que dentro de la Doctrina Jurídico Procesal, referida al sistema acusatorio, específicamente a través de los Autores HORVITZ LENNON y

⁷ Se hace referencia, únicamente a dos de ellas, que revelan dicho *Juicio de Proporcionalidad*, inmerso en su emisión, como metodología para la imposición de tal restricción de derechos fundamentales, y corresponden a las siguientes: *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Párrafo 106. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Párrafo 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 aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.

LÓPEZ MASLE⁸, se alude de manera implícita a dicho juicio de proporcionalidad, derivado del desarrollo de los principios que rigen en la regulación de las medidas cautelares, como son el de legalidad, sobre el que podemos sostener que es concordante con la procedencia de dichas medidas restrictivas, a partir de la necesaria obtención sobre su oportunidad, de al menos un fin legítimo. Asimismo, de la mano de dicho principio de legalidad, tenemos al de jurisdiccionalidad, que implica que únicamente la imposición de las medidas cautelares, puede devenir de mandato del Órgano Jurisdiccional, e incluso, en nuestro sistema, constituye uno de los propósitos que dan origen al Juez de Control, conforme lo establece el artículo 16, párrafo decimocuarto, de la Constitución Política Federal. Adicionalmente a los anteriores, se destacan los principios de excepcionalidad e instrumentalidad, éstos, relacionados con la idoneidad y necesidad de la medida cautelar, en referencia al Juicio de Proporcionalidad, y ya que a ese respecto, se establece por los Autores señalados, que: «las medidas cautelares, no son medidas que

necesariamente deban adoptarse dentro del procedimiento, sino que tienen un carácter eventual, deben decretarse solo cuando resulten indispensables.» Enseguida, se hace referencia a los principios de provisionalidad, el cual, llevado al ámbito del Juicio de Proporcionalidad, tiene que ver con la mínima intervención, y con la menor lesividad, que entrañe la medida restrictiva en análisis. Finalmente, se alude también, al principio de proporcionalidad, el cual, del mismo modo que el anterior, se relaciona con los Principios últimamente destacados, es decir, con los de mínima intervención y menor lesividad.

Por ello, partiendo de tales reglas de aplicación, inmersas en el juicio o examen de proporcionalidad, dentro del marco de la ponderación de los derechos fundamentales, como técnica aplicativa de los principios, que constituyen los derechos fundamentales, se permite apreciar —creemos que con relativa nitidez—, por qué pueden ser modificadas las medidas cautelares, es decir, en qué casos, el subprincipio de necesidad de la medida, dejará ver con la claridad requerida para ello, que se tiene al alcance una menos restrictiva, o incluso, que se torna innecesaria su aplicación, como se vislumbra atinente a la propia medida cautelar de prisión preventiva, además en cuanto hace a su vertiente de procedencia oficiosa, en la que

⁸ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, *Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, Santiago de Chile 2003, pp. 350-354.

pudiera tener lugar su modificación, para el caso específico de que la misma, bajo el último subprincipio de proporcionalidad, en un sentido estricto, dejara ver su desproporción, y como podría tener lugar, a guisa de paradigma, en el caso de un delito de homicidio, de comisión dolosa, aunque inmerso en la modalidad privilegiada de riña, en la que los factores genéricos considerados por el Constituyente permanente u órgano reformador de la Constitución, al prever la oficiosidad de procedencia de tal medida cautelar, evidentemente se dejaron de considerar, las condiciones particulares que pudieran tener lugar caso por caso, ya que justamente ello es materia de la aplicación por parte del juzgador, conforme a la técnica ponderativa de que se viene hablando, y lo anterior, bajo la consideración simple, que pudiera encontrar aplicación hacia la observación de la desproporcionalidad en la imposición de dicha prisión preventiva en el caso referido, derivado de que conforme al criterio que otrora privaba, sobre la catalogación en delitos graves o no graves, para los fines específicos de la imposición de la prisión preventiva, dicha forma de homicidio doloso, esto es, con la modalidad atenuante indicada, en el caso de que el sujeto activo fuere el provocado, daba la oportunidad de que la catalogación de esa figura delictiva, bajo el criterio de gravedad, cayera al ámbito de los delitos no graves, punto éste que sin

cuestionamiento, pudiera constituir un factor para poder considerar su desproporción, siempre y cuando —evidentemente—, lo anterior se viera conjugado con otros aspectos a evaluar, que en suma no constituyeran factores de un riesgo capital, hacia la necesaria procedencia de la prisión preventiva, aunque rompiendo con el esquema de oficiosidad, para caer en el de imprescindible justificación.

Por ello, y en tanto que como se mencionó en parte introductoria de este breve trabajo, las medidas cautelares, en lo que hace a su imposición, no deben guardar ninguna diferencia o distinción en su regulación, sea uno u otro sistema procesal penal en el que se aborde el tema de su procedencia, es decir, ya dentro del sistema mixto/escrito, inquisitivo/mixto, o bien, conocido asimismo como tradicional, para diferenciarlo con el sistema acusatorio, esto es, la forma de imposición, debe invariablemente observar la misma metodología para abordar la restricción de derechos fundamentales, y la cual debe regirse, bajo el sistema aplicativo de ponderación, y situado en el marco específico del juicio de proporcionalidad, y por ello, es que encuentra razón de ser, el Transitorio Quinto, del Decreto legislativo que generó variadas adiciones y reformas, entre otros Cuerpos Normativos, del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, publicado en el Diario Oficial

de la Federación, del 17 de junio del 2016, como fue destacado en el capítulo de introducción del presente opúsculo.

«... las medidas cautelares, en lo que hace a su imposición, no deben guardar ninguna diferencia o distinción en su regulación, sea uno u otro sistema procesal penal en el que se aborde el tema de su procedencia, es decir, ya dentro del sistema mixto/escrito, inquisitivo/mixto, o bien, conocido asimismo como tradicional, para diferenciarlo con el sistema acusatorio, esto es, la forma de imposición, debe invariablemente observar la misma metodología para abordar la restricción de derechos fundamentales, y la cual debe regirse, bajo el sistema aplicativo de ponderación, y situado en el marco específico del juicio de proporcionalidad...»

Conclusiones

Primera. El tema de las medidas cautelares, marca quizá el hito más distintivo, entre el sistema, ahora llamado inquisitivo/mixto, mixto/escrito, o tradicional, anterior a la reforma del 18 de junio del 2008, y el actual Sistema Penal Acusatorio, vigente en el país, ya que la forma de procedencia, y específicamente marcada por la prisión preventiva, se vio matizada de manera muy conveniente y complementaria, con la diversa reforma Constitucional, del 10 de junio del 2011, en materia de derechos humanos.

Segunda. Justamente a partir del tratamiento que ahora debe darse a la procedencia de las medidas cautelares, como restricción de al menos uno de los derechos fundamentales de mayor valía, como lo es la libertad personal, cabe de manera inequívoca, cualquiera que sea el sistema de donde haya provenido su imposición, la revisión de la o las medidas cautelares que se tengan impuestas, ya que tratándose del sistema ahora llamado tradicional, no debe perderse de vista, que la obligación de respeto, protección y garantía, de los derechos humanos, entre otros principios de observancia para esos fines, se manifiesta el de progresividad, lo que implica entre otros aspectos, la prohibición de regresión, y por ello, es que la revisión de la medida cautelar, concretamente la de prisión

preventiva, encuentra asimismo cabida en el referido sistema tradicional, y lo cual queda enfatizado, a partir del Transitorio Quinto, del Decreto legislativo, publicado en el Diario Oficial de la Federación, del 17 de junio del 2016, que entre otros ordenamientos, abarcó reformas y adiciones, al *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

Tercera. Son dos las audiencias relacionadas con el tema específico de revisión de las medidas cautelares, de condiciones disímolas en su procedencia, regulación y finalidades, ya que en el primer caso, dicha revisión, recogida principalmente por el artículo 161, del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, persigue que la variación pretendida, en la o las medidas cautelares que se tengan impuestas, tienda a su disminución, en variación o sustitución, y quizá hasta llegar a su revocación, que dará pauta, a la sensible disminución del derecho fundamental de la libertad personal, que con tal imposición de las medidas cautelares, se manifieste respecto del imputado. Y en otro caso, dicha revisión, deriva de un informe fehaciente de incumplimiento de dichas medidas, que en tal caso, dará lugar a la solicitud del incremento afectante de la medida, al generar una mayor intensidad en la misma, o el aumento en número, hacia el cumplimiento de uno o varios de los fines legítimos que justifican su procedencia, e incluso permitirá, que

se lleve a evidenciar la sustracción del imputado al curso regular del procedimiento, que amerite, su ineluctable reconducción, a través de un mandato de captura, bajo una connotación de reaprehensión.

Cuarta. En cuanto a la oportunidad probatoria que se cierne en torno al tema de las medidas cautelares, y las audiencias relacionadas con la revisión de las mismas, dicha libertad probatoria, resulta de gran amplitud, y solamente limitada por la licitud del medio probatorio ofrecido, así como por la pertinencia que revele el mismo.

«En cuanto a la oportunidad probatoria que se cierne en torno al tema de las medidas cautelares, y las audiencias relacionadas con la revisión de las mismas, dicha libertad probatoria, resulta de gran amplitud, y solamente limitada por la licitud del medio probatorio ofrecido, así como por la pertinencia que revele el mismo.»

Fuentes consultadas

Bibliografía

BERNAL PULIDO, Carlos, «La Racionalidad de la Ponderación», dentro de la obra co-autoral: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Serie Justicia y derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad, Editor Miguel Carbonell, Quito, Ecuador, 2008, p. 43, disponible en: [http://www.alfonsozambrano.com/minjusticia/220810/mj-principio_proporcionalidad.pdf] , consultada en: 2017-07-10.

GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo, *La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 2014, pp.305-306, disponible en: [<http://biblio.juridicas.unam.mx>] , consultada en: 2017-07-10.

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, *Principios, sujetos procesales, medidas*

cautelares, etapa de investigación, Santiago de Chile 2003.

Legislación Nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), de la Décima Época, sostenida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 202, Libro 5, abril de 2014, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2006224, bajo el rubro: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

Tesis aislada I.10o.P.9 P (10a.), sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 1755, Libro 41, Abril de 2017, Tomo II, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2014085, bajo el rubro: LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. ACORDE CON LOS PRINCIPIOS DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, CERTIDUMBRE Y SEGURIDAD JURÍDICA, ES IMPROCEDENTE REVISAR Y MODIFICAR ESTE BENEFICIO DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO QUINTO

TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN, ADICIONAN Y DEROGAN DIVERSAS DISPOSICIONES, ENTRE OTRAS, DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 17 DE JUNIO DE 2016, SI EL PROCEDIMIENTO INICIÓ CONFORME AL SISTEMA PENAL TRADICIONAL.

Código Nacional de Procedimientos Penales

Legislación Internacional

Caso J. vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párrafo 163.

Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrafo 106.

Caso López Álvarez vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, párrafo 68.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

LA PARTICIPACIÓN DE LOS DIFERENTES SECTORES DE LA SOCIEDAD EN LA ACTUACIÓN DE LA UNIDAD DE SUPERVISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES Y SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Leticia RAMÍREZ JARA*

SUMARIO: Antecedentes; Introducción; I. La participación de múltiples autoridades como auxiliares en la supervisión de las medidas cautelares impuestas; II. La cooperación necesaria del sector público y privado, como auxiliares en la supervisión de las condiciones de la suspensión condicional del proceso; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Antecedentes

En México se llevó a cabo la Reforma Constitucional más ambiciosa en materia penal, que incluye, la protección de los derechos humanos de las personas sujetas a un proceso. Esta Reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008¹, cuya materia fueron los artículos 16°, 17°, 18°, 19°, 20°, 21° y 22°, fracción XXI y XXIII del 73°, fracción VII del 115° y fracción XIII del apartado B del 123° y en la que se estableció el cambio de un sistema mixto a un Sistema Procesal Penal Acusatorio, rigiéndose por los principios de: *Publicidad, Contradicción, Concentración, Continuidad e Inmediación*.

Derivado de lo anterior, el 05 de marzo de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, que prevé la aplicación de las mismas reglas dentro de la administración de justicia, por parte de los órganos jurisdiccionales, tanto federales como locales; armonizando los criterios jurisdiccionales, favoreciendo la protección de los derechos humanos dentro del

* Licenciatura en *Derecho* por el Centro Universitario México, División Estudios Superiores, ahora Universidad Marista. A lo largo de más de 15 años de experiencia profesional se ha desempeñado en diversos cargos públicos en México, principalmente en el ámbito jurídico. Actualmente ocupa el cargo de Subdirectora de Relaciones Interinstitucionales en la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

¹ DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, Reforma publicada el 18 de junio de 2008, México 2008, disponible en: [\[http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008\]](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008), consultada en: 2017-07-10.

proceso, así como la impartición de una justicia pronta y expedita; por lo que se prevé la aplicación de medidas cautelares, mecanismos alternativos de solución de controversias y formas de terminación anticipada del proceso; lo anterior a fin de respetar en todo momento el principio de *presunción de inocencia*.

En el año 2014, se declaró la incorporación del Sistema Penal Acusatorio y del *Código Nacional de Procedimientos Penales* al orden jurídico del Distrito Federal, hoy Ciudad de México, entrando en vigor el 16 de junio de 2016 y en toda la República Mexicana, el 18 de junio del 2016.

Introducción

Posterior a la publicación del 18 de junio de 2008, en el Diario Oficial de la Federación, del Decreto por el que se reforman y adicionan diversos artículos de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, mediante el cual se establece el sistema de justicia acusatorio y oral para dejar a un lado el inquisitorio, el artículo segundo transitorio de tal decreto supeditó la entrada en vigor a la legislación secundaria que así lo establece, sin exceder el plazo de ocho años contados a partir del día siguiente de la publicación de dicho decreto; término en el que las instituciones involucradas en el proceso penal realizarán los cambios necesarios —en sus ámbitos de

competencia— para su implementación.

A partir del 2016 y acorde con la citada Reforma Constitucional, el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 05 de marzo de 2014, impuso el modelo acusatorio como obligatorio para todo el país².

En cumplimiento al *Código Nacional de Procedimientos Penales*, el Consejo de la Judicatura de la ahora Ciudad de México, aprobó la creación de la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso (USMC) del Tribunal Superior de Justicia como la autoridad cuyas funciones consisten, entre otras, en rendir un análisis de la evaluación del riesgo que representa una persona imputada o adolescente en conflicto con la ley. Es decir, asegurar su presencia durante todo el proceso, así como asegurar la integridad física o mental de la víctima o sociedad y asegurar el procedimiento. Esta información es entregada al Ministerio Público, Defensa y Asesor Jurídico, con la finalidad de que debatan ante el Juez de Control sobre la medida cautelar idónea según el riesgo que representa una persona imputada o adolescente

² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Y CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL, *Guía de apoyo para el estudio y aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales*, Primera Edición, México 2014, p. 11.

en conflicto con la ley penal. Una vez que el Juez de Control determina la medida cautelar más adecuada, comienza la segunda función más importante de la Unidad; la supervisión del cumplimiento de las medidas cautelares (distintas a la prisión preventiva) y las condiciones aprobadas para la Suspensión Condicional del Proceso.

Ahora bien, antes de profundizar en el tema de la importancia de la colaboración tanto del sector público como del privado como auxiliares en la supervisión de las medidas cautelares, es importante mencionar los principios que rigen al Sistema Procesal Penal Acusatorio como son: *Publicidad, Contradicción, Concentración, Continuidad e Inmediación*, así como el Principio de Igualdad ante la ley, Principio de igualdad entre las partes, Principio de Juicio Previo y Debido Proceso, Principio de Prohibición de Doble Enjuiciamiento, y el Principio de Presunción de Inocencia³. Al respecto, cabe destacar que éste último es primordial en nuestro sistema de justicia actual, y significa que todas las personas deberán ser consideradas y tratadas como inocentes, mientras

no se declare judicialmente su comisión o participación en un hecho que la ley tipifica como delito en una resolución dictada por un Juez, por lo cual no debe estigmatizarse a la persona que aún no ha sido declarada como culpable por parte del Órgano Jurisdiccional⁴.

Debido a su importancia, cabe recalcar el significado de la *presunción de inocencia*, derivado del artículo 20° de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, que establece en su Apartado B, Inciso I, el derecho del imputado «A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa». Dicho principio tiene alcances en diversas dimensiones. Implica que la parte acusadora tiene el *onus probandi*, es decir, la carga de la prueba para demostrar la responsabilidad de la persona imputada o adolescente en conflicto con la ley, en el hecho, e impone una regla de trato hacia la persona procesada consistente con dicha presunción. En estricto sentido, la persona imputada o adolescente debe ser considerado, de entrada, ajeno a los hechos, lo cual trae como consecuencia que cualquier medio que afecte su esfera jurídica sea justificado por cuanto hace a su razonabilidad. De ahí que los dispositivos sobre medidas cautelares contenidos en la Constitución deban ser leídos en consonancia y armonía

³ CARREÓN PEREA, Manuel Jorge, *Para entender el Código Nacional de Procedimientos Penales*, México 2016, pp. 15-16, disponible en: [<http://oncetv-ipn.net/generales/wp-content/uploads/2017/01/Paraentender.pdf>], consultada en: 2017-07-10.

⁴ *Ibidem.*, p. 16.

con el citado principio de presunción de inocencia⁵.

No obstante, es preciso señalar la importancia que tiene la *protección de las víctimas*, si bien el principio de los servicios previos al juicio es el de presunción de inocencia del imputado, como mecanismo protector de la seguridad del proceso — incluyendo la de las víctimas— aquellos están obligados a realizar todas las acciones necesarias para hacer efectiva dicha seguridad. En este sentido, el artículo 20 constitucional, Apartado C, Inciso VI, señala que la víctima tiene el derecho a «Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus Derechos»⁶.

Dado lo anterior, y derivado de las funciones de la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, se busca la colaboración de diversas Instituciones Públicas, locales y federales, así como de organizaciones de la sociedad civil, como auxilio en la supervisión de las

medidas cautelares y de las condiciones de suspensión condicional del proceso. De este punto, es que emana el tema del presente ensayo, de la necesidad de la Unidad, de buscar la colaboración, y participación de las dependencias del sector público de la Ciudad de México, y de sus delegaciones, así como de las Instituciones del Gobierno Federal, para que la población supervisada, que son las personas imputadas y los adolescentes en conflicto con la ley, puedan utilizar los programas sociales disponibles, y los servicios públicos en materia de salud, empleo, educación y vivienda.

De igual manera, se requiere la participación de las sociedades y asociaciones civiles para que las personas y adolescentes que se encuentren supervisadas, y de conformidad a las resoluciones judiciales impuestas, puedan ser canalizados a las instituciones y programas idóneos.

I. La participación de múltiples autoridades como auxiliares en la supervisión de las medidas cautelares impuestas

Las medidas cautelares se imponen de conformidad al artículo 155 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, a solicitud del Ministerio Público, cuando justifiquen que la persona imputada representa un riesgo inminente en contra de la seguridad de la víctima u ofendido,

⁵ AGUILAR GARCÍA, Ana Dulce, CARRASCO SOLÍS, Javier, *Servicios Previos al Juicio* Manual de Implementación, Instituto de Justicia Procesal Penal A.C., Programa de Apoyo en Seguridad y Justicia de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional(USAID), México 2014, p. 37.

⁶ *Ibidem.*, p. 38.

para asegurar la presencia de la persona imputada en el procedimiento y para evitar la obstaculización del proceso. Son 14 medidas cautelares señaladas en dicho precepto legal y van desde la presentación periódica ante el Juez o ante autoridad distinta que él designe, hasta la prisión preventiva⁷.

«...derivado de las funciones de la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, se busca la colaboración de diversas Instituciones Públicas, locales y federales, así como de organizaciones de la sociedad civil, como auxilio en la supervisión de las medidas cautelares y de las condiciones de suspensión condicional del proceso.»

⁷ Código Nacional de Procedimientos Penales, Agenda Penal CDMX, Editorial ISEF, México 2017 p. 43.

En materia de adolescentes se contemplan como medidas cautelares personales, establecidas en el artículo 119 de la *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes*, y son 12 medidas siendo la última de ellas el internamiento preventivo, las cuales se aplican de conformidad a las Reglas para la imposición de medidas cautelares del artículo 120 de la Ley en mención⁸.

Para el desarrollo de este artículo, es necesario hacer las siguientes precisiones:

Una vez que el juez de control impone la medida cautelar que se considera idónea para una persona imputada o un adolescente en conflicto con la ley penal, y la resolución judicial es recibida por la USMC, deberá presentarse, ante esta autoridad, la persona imputada o adolescente en conflicto con la ley penal a quienes se les asigna un supervisor y en forma conjunta diseñan la estrategia de supervisión, para el debido cumplimiento.

De conformidad con las estrategias personalizadas establecidas para la correcta vigilancia del cumplimiento de las medidas cautelares, los supervisores encargados podrán realizar las visitas domiciliarias a las personas imputadas y adolescentes en conflicto

⁸ *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, Agenda Penal CDMX*, Editorial ISEF México 2017 p. 33.

con la ley penal que consideren necesaria, para los casos en que se imponga «La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez» artículo 155 del CNPP⁹, fracción V, o «La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el Órgano Jurisdiccional, sin autorización del Juez» artículo 119 fracción II de la *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes*¹⁰, para verificar que el adolescente o la persona imputada no se sustraiga de la justicia. En este caso, si el juez de control ordena que no pueda salir del país, entonces la Unidad solicitará apoyo oficial al Instituto Nacional de Migración, para que se inicie una alerta migratoria.

De igual manera, los supervisores realizarán visitas a la víctima para verificar que se cumpla «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» artículo 155 del CNPP, fracción VIII, o «La prohibición de convivir, acercarse

o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas, ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa» contemplada en el artículo 119 fracción V de la LNSIIPA.

II. La cooperación necesaria del sector público y privado, como auxiliares en la supervisión de las condiciones de la suspensión condicional del proceso

Por suspensión condicional del proceso deberá entenderse el planteamiento formulado por el Ministerio Público o por el imputado, el cual contendrá un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias condiciones, que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que, en caso de cumplirse, pueda dar lugar a la extinción de la acción penal, según lo establecido por el artículo 191 del CNPP¹¹.

El Juez de control fijará el plazo de suspensión condicional del proceso, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años, y determinará imponer a la persona imputada una o varias de las

⁹ Código Nacional de Procedimientos Penales, Agenda Penal CDMX, Editorial ISEF, México 2017 p. 43.

¹⁰ Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, Agenda Penal CDMX, Editorial ISEF México 2017 p. 33.

¹¹ Código Nacional de Procedimientos Penales, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Última Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de junio de 2016, México 2016, p. 59.

condiciones que deberá cumplir, acorde al artículo 195 del CNPP¹².

Para el caso de los adolescentes en conflicto con la ley penal, el Juez fijará el plazo de suspensión condicional del proceso, que no podrá ser inferior a tres meses ni superior a un año, y determinará una o varias de las condiciones que deberá cumplir el adolescente. En este caso, además de las condiciones que establece el Código Nacional se podrán imponer las siguientes:

I. Comenzar o continuar la escolaridad que le corresponda;

II. Prestar servicio social a favor de la comunidad, las víctimas, del Estado o de instituciones de beneficencia pública o privada, en caso de que la persona adolescente sea mayor de quince años;

III. Tener un trabajo o empleo, o adquirir, en el plazo que el Juez determine, un oficio, arte, industria o profesión si no tiene medios propios de subsistencia, siempre y cuando su edad lo permita;

IV. En caso de hechos tipificados como delitos sexuales, la obligación de integrarse a programas de educación sexual que incorporen la perspectiva de género,

V. Abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas alcohólicas;

¹² *Ídem*.

VI. Participar en programas especiales para la prevención y el tratamiento de adicciones, y

VII. Cualquier otra condición que, a juicio del Juez, logre una efectiva tutela de los derechos de la víctima y contribuyan a cumplir con los fines socioeducativos de la persona adolescente.

Las condiciones deberán mantener relación con el delito que se le atribuya a la persona adolescente, serán las menos, de cumplimiento posible, y de mínima intervención¹³.

Cuando se acredite plenamente que la persona adolescente no puede cumplir con alguna de las obligaciones anteriores por ser contrarias a su salud, o alguna otra causa de especial relevancia, el Juez podrá sustituirlas, fundada y motivadamente, por otra u otras análogas que resulten razonables. El Ministerio Público, la víctima u ofendido, podrán proponer al Juez las condiciones a las que consideren debe someterse la persona adolescente. Las condiciones deberán regirse bajo los principios de carácter socioeducativo, proporcionalidad, mínima intervención, autonomía progresiva,

¹³ *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes*, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Secretaría General, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio de 2016, México 2016, p. 33.

justicia restaurativa y demás principios del Sistema¹⁴.

«... resulta indispensable la colaboración del sector público y privado, para los casos en que los adolescentes y las personas imputadas adultas, requieran ser canalizadas a instituciones distintas para atender las condiciones impuestas en las instituciones idóneas. Como ejemplo podemos señalar que, en caso de que el Juez imponga, a un adolescente, que deberá continuar con sus estudios, ya sea primaria o secundaria, entonces la USMC busca la institución que mejor se adecue, procurando no afectar sus horarios laborales si es que el adolescente tiene un empleo, o alguna otra fuente de ingresos; para los casos en materia educativa ya sea para adolescentes o para personas imputadas adultas, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, celebra convenios de colaboración con diversas instituciones tanto públicas como privadas especialistas en diversas materias, y pretende lograr con ello, una amplia red de instituciones que sean auxiliares en la supervisión de las medidas cautelares y, sobre todo, de las condiciones de la suspensión condicional del proceso...»

¹⁴ *Ibidem.*, p. 33.

Estos principios en mención son la base del sistema integral de justicia para los adolescentes, ya que pretenden además de proporcionar una salida alterna, abarcar y atender las necesidades de los jóvenes en materia de salud, educación, vivienda, apoyo jurídico y de adquisición de habilidades y destrezas para el desempeño de un oficio, arte, industria o profesión¹⁵. Y son estos mismos principios los que rigen el Sistema de Justicia Procesal Penal Acusatorio para las personas que tienen la mayoría de edad, y conllevan un proceso penal.

Es por este motivo que, resulta indispensable la colaboración del sector público y privado, para los casos en que los adolescentes y las personas imputadas adultas, requieran ser canalizadas a instituciones distintas para atender las condiciones impuestas en las instituciones idóneas. Como ejemplo podemos señalar que, en caso de que el Juez imponga, a un adolescente, que deberá continuar con sus estudios, ya sea primaria o secundaria, entonces la USMC busca la institución que mejor se adecue, procurando no afectar sus horarios laborales si es que el adolescente tiene un empleo, o alguna otra fuente de ingresos; para los casos en materia educativa ya sea para adolescentes o para personas imputadas adultas, el Tribunal Superior de Justicia de la

¹⁵ *Ibidem.*, p. 22.

Ciudad de México, celebra convenios de colaboración con diversas instituciones tanto públicas como privadas especialistas en diversas materias, y pretende lograr con ello, una amplia red de instituciones que sean auxiliares en la supervisión de las medidas cautelares y, sobre todo, de las condiciones de la suspensión condicional del proceso, tal es el caso del ejemplo anterior, que se solicita el apoyo del Instituto Nacional para la Educación de los Adultos (INEA), organismo público descentralizado a nivel federal y coordinado por la Secretaría de Educación Pública que desarrolla modelos educativos para jóvenes o adultos, tiene programas de alfabetización, y certifica la educación básica para aquellos que no hayan cursado o concluido sus estudios.

La siguiente condición a señalar es la de «Prestar servicio social a favor de la comunidad, las víctimas, del Estado o de instituciones de beneficencia pública o privada en caso de que la persona adolescente sea mayor de quince años»¹⁶, o para personas adultas, que se contempla en el precitado artículo 195 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, como «Prestar servicio social a favor del Estado o de instituciones de beneficencia pública», para estos casos la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares, cuenta con convenios de colaboración autorizados, para formalizar las

canalizaciones que se dirigen a las delegaciones de ésta Ciudad, tales como Álvaro Obregón, Cuajimalpa, Iztapalapa, Miguel Hidalgo y Tláhuac, entre otras, en las cuales integra a los adolescentes o personas imputadas a programas como: *Tu Ciudad te requiere* y *El Barrer*, donde realizan actividades para la mejora de los espacios públicos en cuadrillas de limpieza de parques, pinta de banquetas y calles de la Ciudad de México.

Otra condición a mencionar es, «Tener un trabajo o empleo, o adquirir, en el plazo que el Juez determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia» la cual aplica en el caso del trabajo o empleo, para personas de 18 años de edad en adelante, y para la cual se cuenta con el apoyo de la Secretaría de Trabajo y Fomento al Empleo de la Ciudad de México, dependencia a la que se canalizan las personas que necesitan la capacitación para obtener un empleo formal. También se cuenta con convenios de colaboración con asociaciones civiles tales como Fundación Pro-Empleo Productivo, Cauce Ciudadano y Jóvenes Constructores de la Comunidad, las cuales ofrecen programas de capacitación para el empleo para adolescentes y adultos.

Por último, mencionaremos las condiciones siguientes: «Abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas

¹⁶ *Ibidem.*, p. 34.

alcohólicas», para la cual el Tribunal Superior de Justicia, a través de la Unidad (USMC) ha celebrado convenio con la Secretaría de Salud de la Ciudad de México, y se canaliza a la población supervisada adolescentes y adultos a las Unidades Médicas Toxicológicas en Venustiano Carranza y en Xochimilco, en las cuales se les realizan pruebas toxicológicas o antidoping y pruebas de alcoholemia, de esta manera los supervisores pueden dar seguimiento al cumplimiento de ésta condición, la cual en ocasiones se impone junto con «Participar en programas especiales para la prevención y el tratamiento de adicciones», en este caso se cuenta con la colaboración de los Centros de Integración Juvenil, los cuales brindan terapias psicológicas para tratamiento a las adicciones, y a cuyos centros se canaliza a los jóvenes y adultos supervisados, para acudir a los centros más cercanos a su domicilio, ya que están distribuidos en las delegaciones de ésta Ciudad Capital. De igual manera, se canaliza al Instituto para la Atención y Prevención de las Adicciones en la Ciudad de México, quienes cuentan con un directorio de Centros de Atención de Adicciones (CAAs), que cuentan con el Registro otorgado por el mismo Instituto; los que además han obtenido el reconocimiento federal y los que están en proceso de obtenerlo. Estos centros son públicos, sociales o privados, ofrecen servicio residencial o ambulatorio, operan

bajo cualquiera de los tres modelos: profesional, de ayuda mutua o mixto, y pueden ser gratuitos, cobrar cuota de recuperación o pedir cooperación variable. Asimismo, cumplen con los criterios básicos de la NOM-028-SSA2-2009 para la Prevención, Tratamiento y Control de las Adicciones.

Igualmente, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México cuenta con un convenio de colaboración recientemente celebrado con el Centro Initziare, otra asociación civil, que nos ayuda para canalizar a los supervisados a que acudan a terapias grupales e individuales, y terapias psicológicas para adolescentes y adultos con problemas de adicciones de forma ambulatoria, por lo que se puede ajustar a los horarios laborales, en caso de ser personas imputadas adultos y a los horarios escolares para adolescentes en conflicto con la ley penal.

Cabe señalar que en materia de Salud, encontramos la condición que requiere «Someterse a tratamiento médico o psicológico, de preferencia en instituciones públicas», prevista en la fracción VII, del artículo 195° del Código Nacional, en consecuencia, para ésta condición impuesta, se solicita el apoyo de la Secretaría de Salud de la Ciudad de México, así como a los Servicios de Atención Psiquiátrica, para que, en los casos requeridos, se les realicen valoraciones psiquiátricas a los supervisados, y se les brinden los

tratamientos médico-psiquiátricos que necesiten y para ello se cuenta con el apoyo de los Hospitales Psiquiátricos “Fray Bernardino Álvarez” para adultos y para menores de edad, el Hospital Psiquiátrico infantil “Dr. Juan N. Navarro” ambos dependientes de la Secretaría de Salud del Gobierno Federal.

«En el Sistema de Justicia Procesal Penal Acusatorio, se salvaguarda el derecho de libertad de la persona acusada de la comisión o participación en un hecho que la ley tipifica como delito, siendo que la libertad es una garantía constitucional, la cual se protege durante el proceso penal actual, la persona podrá ser vinculada a proceso aplicando medidas cautelares, sin que éstas violen su derecho humano a la libertad, el cual se verá coartado solo mediante sentencia condenatoria, a excepción de los delitos que implican prisión preventiva oficiosa.»

Es importante mencionar otras dependencias que forman parte de la red de instituciones auxiliares, como el Sistema de Desarrollo Integral para la Familia de la Ciudad de México (DIF), la Secretaría de Desarrollo Social (SEDESOL), la Procuraduría General de Justicia (PGJ), la Subsecretaría del Sistema Penitenciario, la Secretaría de Movilidad y la Secretaría de Seguridad Pública, todas ellas del gobierno local de la Ciudad de México.

Asimismo, hemos contado con el apoyo del sector privado, por lo que se han celebrado convenios con Instituciones como Fundación Pro Niños de la Calle, Hogar Integral de Juventud, Casa Alianza que son instituciones de asistencia privada (I.A.P.). También otras asociaciones civiles como Reinserta a un Mexicano, Central Mexicana de Servicios Generales de Alcohólicos Anónimos, Juventud, Luz y Esperanza, Reto a la Esperanza, entre otras, las cuales brindan servicios a través de diversos programas en materia de salud (adicciones), vivienda e inserción social.

Conclusiones

En el Sistema de Justicia Procesal Penal Acusatorio, se salvaguarda el derecho de libertad de la persona acusada de la comisión o participación en un hecho que la ley tipifica como delito, siendo que la libertad es una garantía constitucional,

la cual se protege durante el proceso penal actual, la persona podrá ser vinculada a proceso aplicando medidas cautelares, sin que éstas violen su derecho humano a la libertad, el cual se verá coartado solo mediante sentencia condenatoria, a excepción de los delitos que implican prisión preventiva oficiosa.

Por lo tanto, las personas que llevan un proceso penal en libertad, deberán ser tratadas como inocentes hasta que se demuestre lo contrario. En este sentido es que la sociedad mexicana deberá hacer un cambio profundo en el trato a las personas. Recordando que nuestra carta magna, promueve los derechos humanos en nuestro país, y prohíbe expresamente «toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de la persona»; bajo este principio constitucional, se teje el cambio social en nuestro país, que aunque aún queda mucho por hacer, es un principio fundamental que debe prevalecer en el actuar de las instituciones y las sociedades civiles, para que éstas sirvan a las personas sin excluirlas, sin discriminarlas, un país incluyente, un país que vele por sus poblaciones vulneradas como las personas en situación de calle, un

Estado que logre brindar servicios básicos para todos sus habitantes.

Y éste es el espíritu mismo del nuevo sistema de justicia acusatorio, que pretende combatir la delincuencia desde su origen, con armas como la educación, con oportunidades para poder tener un empleo y una vivienda digna, un sustento que permita que las personas mexicanas puedan tener mejoras para la vida; el sistema es integral y procura ser auxiliar y atender las necesidades básicas de las personas imputadas y los adolescentes en conflicto con la ley penal, atendiendo sus problemas de salud física y mental, a los generadores de violencia, las adicciones, y demás rubros que si son canalizados debidamente para su atención, podrán significar un cambio real en el país, disminuir los índices de delincuencia y mejorar la seguridad pública para todos los mexicanos.

Todos los engranes del nuevo modelo de Justicia Penal deben girar en armonía y consonancia, lo cual sólo se logra si el ánimo de cooperación entre Instituciones es palpable y permanente, uniendo esfuerzos para cubrir cada punto de la Ciudad de México con instituciones públicas y privadas que estén dispuestas a contribuir en la reconstrucción del tejido social. Lo que permite que la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso pueda dar una mejor atención como

autoridad supervisora, manteniendo el constante contacto con el mayor número de instituciones gubernamentales y privadas que brinden servicios y que realicen actividades de atención de las necesidades básicas de las personas, logrando con ello un alto porcentaje de cumplimiento de las medidas cautelares y de las condiciones de la suspensión condicional del proceso por parte de las personas imputadas y de los adolescentes en conflicto con la ley.

Fuentes consultadas

Bibliografía

AGUILAR GARCÍA, Ana Dulce, CARRASCO SOLÍS, Javier, *Servicios Previos al Juicio* Manual de Implementación, Instituto de Justicia Procesal Penal A.C., Programa de Apoyo en Seguridad y Justicia de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional(USAID), México 2014.

CARREÓN PEREA, Manuel Jorge, *Para entender el Código Nacional de Procedimientos Penales*, México 2016, disponible en: [<http://oncetv-ipn.net/generales/wp-content/uploads/2017/01/Paraentender.pdf>], consultada en: 2017-07-10.

SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, *Diario Oficial de la Federación*, Reforma publicada el 18 de junio de 2008, México 2008, disponible en: [http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008], consultada en: 2017-07-10.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Y CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL, *Guía de apoyo para el estudio y aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales*, Primera Edición, México 2014.

Legislación Nacional.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

USO DE HERRAMIENTAS TECNOLÓGICAS PARA FACILITAR LOS PROCESOS DE LA UNIDAD DE SUPERVISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES Y SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Moisés PRATS VILLERS*

Adrián MACÍAS ROMERO**

Ángel ÁNGELES TRUJILLO***

SUMARIO: Introducción; I. Problemática, II. Justificación; III. Sistema Integral de Obtención de Datos (SIOD); Conclusión; Fuentes consultadas.

Resumen

* Licenciatura en *Derecho* por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Maestría en *Derecho Procesal Penal*. Ha ocupado diversos cargos en el servicio público entre los que destacan agente del Ministerio Público Visitador en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, (PGJDF), agente del Ministerio Público Federal en diversos Estados de la República, así como Subdelegado de la Procuraduría General de la República, (PGR) en los estados de Sonora y Baja California. En el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, (TSJCDMX) ocupó los cargos de Director de Mantenimiento y Servicios y Director de Turno de Consignaciones Penales y de Justicia para Adolescentes. Actualmente es Director Ejecutivo de la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso.

** Ingeniería en *Química* por la Universidad Nacional Autónoma de México, (UNAM); Licenciatura en *Derecho*, por la institución IUIP (plantel CDMX). Asimismo, cuenta con certificaciones como Perito en Materia de Gases Explosivos, SECOFI, Unidad de Verificación por la SENER, Capacitador Externo por la STPS, Instructor en Protección Civil por el CENAPRED. Actualmente es Jefe de Unidad Departamental de la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

*** Licenciatura en *Derecho* por la Universidad Insurgentes; actualmente cursando Maestría en *Derecho Procesal Penal y Juicios Orales* por la Universidad Analítica Constructivista. Cuenta con Diplomado Práctico del *Proceso Penal Acusatorio* por la Universidad *Ius Semper*; Curso de preparación de Secretario Actuario en materia penal; desempeñándose como servidor público desde el año 2009 en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Actualmente ocupa el cargo de Subdirector en la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

Con el nuevo sistema penal acusatorio, se han tenido que redefinir, además de la administración de justicia, la manera administrativa de dar funcionalidad a los diversos procesos que la conforman.

El sistema inquisitorio ha sido relevado por el proceso de oralidad de las audiencias en donde se observa el actuar consecuente del juez de control a la característica adversarial de los operadores intervinientes en el debate, quedando de este la constancia videograbada sustituyendo los tomos que en muchas ocasiones forman parte de un solo expediente y que se resume en lo que llamamos la carpeta judicial.

Paralelamente y en concordancia con lo anterior la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso debe actuar acorde, privilegiando el uso de la tecnología en materia de comunicación, obtención, captura y manejo de datos, que permitan que las acciones de evaluación y de supervisión provean la información que necesitan los sujetos del proceso de manera clara, inmediata y certera, surgiendo de ahí la propuesta de este proyecto.

Introducción

México vive un proceso de transformación en el ámbito de justicia penal; a partir de adecuaciones a la Constitución y a las leyes secundarias, se busca el fortalecimiento del Estado de Derecho, con base en la protección de los Derechos Humanos de todas las personas para la consolidación del sistema democrático nacional.

Estas reformas aprobadas por el Poder Legislativo dieron lugar a un nuevo sistema penal, eminentemente adversarial, encaminado a que las instituciones de procuración e impartición de justicia sean mucho más eficientes, para así cumplir con los fines para los que fue creado, es decir, el esclarecimiento de los hechos, la reparación del daño y que el culpable no quede impune, asegurando un equilibrio entre los derechos tanto de la víctima como del imputado.

Reto que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México ha asumido con pleno compromiso; en una posición de vanguardia, de tal suerte que se crearon las estructuras institucionales necesarias para la implementación y operación del Sistema Penal Acusatorio diseñado para que los jueces centren su actividad al ámbito jurisdiccional; es decir resolver en audiencia pública y oral, las cuestiones planteadas; quedando el ámbito administrativo a cargo de Unidades de Gestión y de un organismo que constituye eje fundamental para este Sistema; la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso, cuyas atribuciones conllevan, por una parte, la práctica de evaluaciones de riesgo procesal a los imputados que constituya información de relevancia y calidad, para los sujetos procesales como son, el Ministerio Público y la Defensa, pues dan sustento argumentativo al debate sobre la imposición de Medidas

Cautelares, mismas que una vez decretadas por el Juez de Control, son supervisadas y vigiladas en cuanto a su debido cumplimiento, por la misma Unidad de Supervisión. Asimismo, se ocupa de supervisar la observancia de las condiciones impuestas con motivo de las salidas alternas de suspensión condicional del proceso; actividades que por su naturaleza, requieren ser informadas a las partes de manera clara, objetiva y oportuna.

Así, la Unidad, en constante búsqueda de aplicar mejores prácticas y mecanismos para realizar eficientemente sus funciones; gratamente cuenta con aportaciones de sus miembros, que, a partir de su experiencia y conocimiento, coadyuvan a consolidar la operación de la misma, para tener los medios que logran los objetivos previamente apuntados.

En esa tesitura, se plantea una herramienta propuesta por integrantes de esta Unidad, que se destaca por la utilización de las tecnologías de la información para crear un programa que permita administrar y compartir la información que recaba y maneja esta Unidad de Medidas Cautelares, de una manera más eficaz y organizada, además de permitir que los integrantes de la misma puedan desempeñar sus funciones de manera más coordinada, contando con los datos actualizados constantemente, además de que persigue la intercomunicación oportuna con los diversos operadores interinstitucionales.

Cabe señalar que, en la propuesta, se privilegia la sencillez y agilidad para explicar de forma clara los implementos tecnológicos que se crearon y se consideran necesarios para que las actividades de esta unidad administrativa logren sus objetivos esenciales y coadyuven a que el sistema alcance sus fines que redunden en última instancia en una justicia plena.

I. Problemática

Con la implementación del Sistema Penal Acusatorio y la consecuente creación de ésta Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso, se ha realizado de forma habitual la captura de los datos obtenidos de las entrevistas de evaluación y supervisión manualmente (escrita), toda vez que no se cuenta con equipo idóneo para realizar las mismas, ni tampoco para realizar la captura y llenado de bases de datos que permitiera la comunicación interna, así como con los diversos sujetos procesales.

Así, con el paso del tiempo y el incremento sustantivo de la información y las carpetas de investigación judicializadas, ha sido necesario disponer de mecanismos más ágiles y seguros para obtener y salvaguardar información.

De esta forma atendiendo a que esta Unidad surgió como parte del Sistema Penal Acusatorio cuya consolidación es fundamental para el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México se considera indispensable implementar medios

tecnológicos que permitan hacer más eficaz y oportuno su funcionamiento en cuanto a los procesos que realiza, así como la información que maneja.

II. Justificación

La actualidad no se puede concebir sin el uso de la tecnología; pues, prácticamente todas nuestras actividades diarias se encuentran marcadas por la misma, desde la búsqueda de información, hasta plataformas de entretenimiento, comunicación, entre otras.

En ese contexto y teniendo conocimiento de la versatilidad de los medios tecnológicos es claro que estas tecnologías deben utilizarse de tal forma que el trabajo diario pueda realizarse de manera ágil, minimizando errores y potenciando resultados.

Partiendo de esta base, un análisis de los medios tecnológicos existentes, llevó a la conclusión de que es factible utilizar formas más fáciles y accesibles de capturar datos mediante el dictado de voz, la elaboración y uso de eficientes y probadas bases de datos (que resultan mucho más seguras para resguardar los datos de las personas imputadas y adolescentes en conflicto con la ley que se entrevistan), el uso de servidores físicos y virtuales para administrar dicha información, impresoras para elaborar oficios e informes, comunicación externa y dispositivos o terminales que permitan el ingreso de información para enviarla en forma electrónica a los diferentes usuarios de la Unidad.

Así, personal de la subdirección de Justicia para Adolescentes empleando su experiencia en el trabajo de campo, dándose la necesidad de utilizar herramientas tecnológicas para facilitar la elaboración de las carpetas administrativas, desarrollaron un *software* con las características que requiere la USMC, a partir del trabajo realizado de forma manual, utilizando todos y cada uno de los formatos en proceso de aprobación por el Consejo de la Judicatura y que actualmente constituyen la carpeta administrativa que se confecciona con las actividades de los evaluadores, así como del seguimiento que realizan los supervisores, hasta el momento en el que terminan las medidas o condiciones que son impuestas por el Órgano Jurisdiccional.

Lo anterior obedece a que la visión tecnológica, no es ajena al *Código Nacional de Procedimientos Penales* (CNPP), en el que se promueve que tanto acciones como comunicaciones dentro del proceso acusatorio, se realicen a través de cualquier medio electrónico que permita lograr los fines del proceso.

En este sentido, las obligaciones y atribuciones de la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso, primordialmente contempladas en el artículo 177 del CNPP, deben realizarse con base y apoyo en la tecnología. Tal como se dispone el numeral citado en la fracción X el cual señala

que se debe «conservar actualizada una base de datos sobre las medidas cautelares y obligaciones impuestas, su seguimiento y conclusión».

Además, esta Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso debe asegurar que la información cumpla con los parámetros interinstitucionales requeridos, en atención a las obligaciones legales que le han sido asignadas para solicitar y proporcionar información a las oficinas con funciones similares de la Federación o de Entidades Federativas dentro de sus mismos ámbitos de competencia y ejecutar las solicitudes de apoyo para la obtención de información, tal como indica el referido artículo 177 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* en sus fracciones XI y XII.

III. Sistema Integral de Obtención de Datos (SIOD)

El programa, que hemos denominado, *Sistema Integral de Obtención de Datos (SIOD)* es una plataforma digital de operación que abarca todas las acciones encaminadas a cumplir con las atribuciones y obligaciones de la Subdirección de Justicia para Adolescentes y, en su oportunidad de esta Unidad Administrativa, conforme lo establece el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, de una manera funcional, ágil y con visión a futuro.

El SIOD opera la recepción de una solicitud a nivel de evaluación de riesgo; atención, estrategia, y seguimiento de supervisión; informes a las partes procesales, e incluso comunicación interinstitucional, todo ello con la información concentrada en la base de datos que el SIOD genera y distribuye a las distintas áreas de dirección y operación, eficientando el desempeño de la Unidad.

Además, dicho sistema es el sustento para las plataformas que a nivel local y Federal deben implementarse bajo los criterios de colaboración y coordinación para el intercambio de información con otras Unidades que realizan la misma función e incluso, proporcionar aquella que sea requerida por otros organismos gubernamentales, en el ámbito de sus competencias.

Cabe señalar que el SIOD emplea el sistema operativo *Windows*, en la versión que se disponga en cada uno de los equipos de escritorio o portátiles, particularmente a través del programa en Excel, que, al permitir el diseño y abastecimiento de información en diferentes plataformas y bases de datos existentes, es el instrumento para el archivo centralizado de la información obtenida de las entrevistas de evaluación y de encuadre, así como para exportar la misma a cualquier otro lenguaje de base de datos.

Por otro lado, en esta Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso se contempla el uso de los dispositivos Nextel y tabletas (proporcionadas para el desarrollo de las actividades de evaluación y supervisión), por lo que se considera conveniente la introducción de datos hacia los dispositivos electrónicos referidos de forma vertical, es decir, de arriba hacia

abajo —y no de derecha a izquierda— mediante el movimiento del cursor, para desplazarse entre celdas, de la pregunta uno a la pregunta dos, y así sucesivamente hasta llegar a la celda número 139 que es el total de celdas requeridas para llenar todos los formatos diseñados para el control y la comunicación interna de la Unidad y la elaboración de la carpeta física.

Así, la necesidad de agilizar la concentración, archivo y manejo de datos, motivó a esta Unidad a desarrollar una aplicación que reduce el tiempo para realizar el trabajo en las áreas de Evaluación y Supervisión, sin dejar de lado que se puede aplicar en otras áreas requeridas.

Esta aplicación es necesaria pues reduciría el tiempo de elaboración de cada una de las actividades que se realizan en esta Unidad; disminuiría la utilización de recursos materiales e insumos y como consecuencia los recursos humanos tendrían una mayor productividad.



Las ventajas que presenta esta aplicación consisten en la posibilidad de visualizar la información desde cualquier dispositivo o terminal, sea sistema *Windows*, *Android* o *IOS*, de forma sencilla y amigable. Además, la plataforma informática es segura y permite el almacenamiento continuo de información mediante la introducción de texto utilizando el teclado físico, teclado virtual; dictado por voz o mediante pluma electrónica, lo que agiliza la captura y almacenamiento de datos, acepta, fotografías, escaneos y ubicaciones mediante GPS.

«El programa, que hemos denominado, Sistema Integral de Obtención de Datos (SIOD) es una plataforma digital de operación que abarca todas las acciones encaminadas a cumplir con las atribuciones y obligaciones de la Subdirección de Justicia para Adolescentes y en su oportunidad de la Unidad, conforme lo establece el Código Nacional de Procedimientos Penales, de una manera funcional, ágil y con visión a futuro.»



Por otra parte, la aplicación cuenta con una carpeta denominada NORMATIVIDAD, la cual administra el acervo de las distintas áreas de la Unidad; acuerdos interinstitucionales, el Semanario Judicial de la Federación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la revista electrónica *Nova Iustitia*, así como leyes, códigos, acuerdos y tratados internacionales, además cuenta con un apartado para almacenar artículos que pueden aportar los usuarios de la aplicación.

Asimismo, cuenta con una carpeta de control principal administrada por los Jeds de Unidad Departamental, indicando las subcarpetas activas asignadas a cada operador en evaluación y supervisión, mismas que contienen las acciones que realiza la Subdirección de Justicia para Adolescentes, así como bases de datos e informes a las diferentes áreas de la Unidad; agregándose una función que permite la vinculación de las acciones referidas mediante la carpeta llamada EVALUACIÓN A SUPERVISIÓN.



Mediante la aplicación, los reportes a las diferentes áreas, así como a la Dirección Ejecutiva pueden ser consultadas en todo momento, ya que la información mostrada está vinculada directamente a las carpetas administrativas tanto de evaluación como de supervisión



Igualmente, en el *software* propuesto, y como parte de la especialización en la materia, también se incluye una carpeta llamada CAPACITACIÓN, en la que se registran los cursos presenciales y en línea, se digitaliza el material impreso, se descarga el material electrónico de cada curso y se lleva registro permanente de cada evaluador y supervisor asignados a cada área.

Por otra parte, una función de gran importancia con que cuenta la aplicación que se propone consiste en la denominada Agenda Digital, que permite tanto al evaluador como al supervisor agendar sus actividades respectivas; al primero, las relativas a la asignación, entrevista, visitas en internamiento, emisión de oficios,

recordatorios de presentación periódica, visitas domiciliarias y demás acciones, y al supervisor recuerda fechas de visitas domiciliarias, citas a la clínica hospital de especialidades toxicológicas para el respectivo perfil toxicológico, las fechas de presentación a firmar; activando la aplicación alertas sonoras en los momentos en que haya que realizar alguna acción.

Además, la Agenda Digital está vinculada a las Jefaturas de Departamento correspondientes por lo que también éstos serán alertados cuando haya que realizar alguna actividad que se encuentre bajo su supervisión.

En el caso de las dos áreas operativas de la Unidad, la aplicación

cuenta con todos los formatos empleados en cada una de ellas, vinculadas entre sí mediante las hojas DE y DS compartidas en el mismo libro, asimismo se ha creado un vínculo que permite proporcionar la información requerida por la Subdirección de Control de Gestión.

Como herramientas útiles para el desarrollo de las acciones de Supervisión y Evaluación se incluyen medios para consulta, mediante ligas o accesos electrónicos automáticos a las plataformas del Diccionario de la Academia Mexicana de la Lengua; La Enciclopedia Jurídica y el Semanario Judicial de la Federación, pero para el caso de requerirse otros instrumentos, el *software* está diseñado para ampliar el número de aplicaciones necesarias.

Finalmente, este Sistema permite la visualización simultánea de la aplicación, aceptando los cambios en el teléfono móvil, pudiendo ser visibles en tiempo real tanto en una tableta como en una computadora de escritorio.

Conclusiones

Es de suma importancia el uso de herramientas tecnológicas para facilitar la captura, administración y control de datos de la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso en su totalidad, y no solo en la Subdirección de Justicia para Adolescentes, dado que dicha sistematización ahorrará tiempo y gasto en insumos; asimismo, permite

que la comunicación entre las distintas áreas como Evaluación, Supervisión y Control de Gestión intercambien información de manera inmediata; es decir, desde cualquier dispositivo que cuente con sistema *Windows*, *Android* o *IOS*, o contando con la información en tiempo real, privilegiando la sencillez y agilidad para desempeñar las actividades de esta unidad administrativa, logrando sus objetivos de agilidad y comunicación que la nueva administración de justicia requiere.

Fuentes consultadas

Legislación Nacional

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.
Código Nacional de Procedimientos Penales.

LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA Y JUSTIFICADA COMO MEDIDA CAUTELAR

Joel de Jesús GARDUÑO VENEGAS*

SUMARIO: Introducción; I. Exégesis de las medidas cautelares; II. Naturaleza jurídica de la prisión preventiva en la doctrina; III. Finalidad de la prisión preventiva; IV. Marco jurídico constitucional de la prisión preventiva; V. Marco internacional de la prisión preventiva; VI. Prisión preventiva en el *Código Nacional de Procedimientos Penales*; VII. Prisión preventiva oficiosa y prisión preventiva justificada; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Introducción

La reforma constitucional al Sistema de Justicia Penal publicada el 18 de junio de 2008, se ha considerado como uno de los más grandes cambios legislativos e institucionales en toda la historia de nuestro país. El nuevo paradigma de justicia penal tiene como finalidad el preservar y respetar los derechos fundamentales de los intervinientes, al incorporar importantes elementos para la efectiva investigación, procesamiento y sanción de los delitos, esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen, estableciendo un equilibrio para evitar que se vulnere el principio de presunción de inocencia, así como el debido proceso, entendido como es el conjunto de formalidades esenciales que deben observarse en cualquier procedimiento legal, para asegurar o defender los derechos y libertades de toda persona acusada de cometer un delito.

Esta reforma, introdujo los principios generales para el proceso penal

* Licenciatura en *Derecho* por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), ha tomado cursos de profesionalización en diversas materias como Constitucional, Derechos Humanos, Amparo, Criminología, Sistema Penal Acusatorio, entre otros. Ha participado como conferencista, catedrático y capacitador en el Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México (TSJCDMX), así como en diversas instituciones públicas y privadas. Durante más de 24 años de experiencia profesional se ha desempeñado en diversos cargos públicos dentro del TSJCDMX, entre los cuales destacan el de Secretario Proyectista de Primera y Segunda Instancia, Juez de paz penal, así como de delitos no graves. Actualmente es Juez Sistema Procesal Acusatorio en esta Ciudad de Capital adscrito a la unidad especializada en Órdenes de aprehensión, cateo y técnicas de investigación que requieran autorización judicial.

acusatorio, consistentes en la *inmediación, la contradicción, la continuidad, la concentración y la publicidad*. Por una parte, se preservaron diversos instrumentos encaminados al combate a la delincuencia organizada, el arraigo y la posibilidad de introducir registros escritos a la audiencia de juicio oral; y por otro lado se estableció la posibilidad de aplicar *prisión preventiva oficiosa* para ciertos delitos considerados de alto impacto.

Es de señalar que actualmente, la sociedad en general tiene la expectativa de que se aplique *prisión preventiva* cuando el delito que se imputa a una persona es considerado como “grave”, pero en este sentido y atento a la evolución histórica de los Derechos Humanos, ha quedado definido que dicha determinación jurisdiccional no debe convertir al proceso en una forma de castigo anticipado, partiendo de la premisa fundamental de que este nuevo sistema de justicia penal dejó de tener un carácter retributivo, entendido como el mal que se le aplica a alguien como contraprestación al daño que ha cometido, y se consolidó como restaurativo, privilegiando en todo momento la reparación del daño causado, pese a ello, en los últimos meses, el nuevo sistema de justicia penal ha sido severamente reprochado por la limitación de los delitos por los que una persona puede ser restringida de su libertad personal durante el proceso, o porque no todos

los acusados son sancionados con pena privativa de libertad como castigo, derivando con ello en una percepción social de impunidad.

Ahora bien, el Sistema Interamericano y el Sistema Universal de protección de derechos humanos de NACIONES UNIDAS, han establecido doctrina normativa que caracteriza la aplicación de *diversas medidas cautelares de carácter real y personal, así como, de manera excepcional, la imposición de la prisión preventiva*, cuando existan razones objetivas sobre la probabilidad de que el imputado vinculado con el hecho que la ley señala como delito, refleje un riesgo de eludir la potestad jurisdiccional, pueda influir en la alteración de los medios de prueba, o revele un riesgo fundado de afectación a las víctimas.

Este sistema está justificado en virtud de que el proceso penal debe estar basado en dos valores importantes que derivan del principio de *presunción de inocencia* (artículos 8.2 y 14.2 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, respectivamente); siendo el primero, que la afectación al derecho a la libertad de las personas sólo debe materializarse cuando existan elementos de prueba que permitan derrotar la presunción de inocencia que el imputado tiene a su favor, en tanto que el segundo se funda en la construcción de un sistema de *prisión preventiva* y de medidas cautelares

que sea compatible con las reglas de trato aplicables a un imputado cuando se le sigue un procedimiento para demostrar su responsabilidad por un delito, ante lo cual se debe considerar que las medidas cautelares en particular la *prisión preventiva*, se apliquen únicamente sobre la base de la *necesidad de cautela*.

El sistema de justicia penal mexicano fue modificado normativamente de forma sustancial, destacándose la fórmula establecida para la aplicación de la *medida cautelar de prisión preventiva*, mediante la cual se estableció un catálogo de delitos que el legislador consideró como de mayor impacto social y que atentan contra los bienes jurídicos de primordial protección para el Estado, en los que debe aplicarse de forma *oficiosa* por parte del Órgano Jurisdiccional, lo cual evidentemente releva de la carga de justificar al Ministerio Público sobre la necesidad cautelar de su imposición.

En tal sentido el párrafo segundo del artículo 19 Constitucional, contempla un catálogo de delitos, siendo estos los siguientes: delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, entre otros, los cuales consideró el Legislador transgreden bienes jurídicos tutelados de importancia, y que si bien es limitativo a primera vista, lo cierto es que al contemplarse el supuesto de

delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos se deja la puerta abierta para incorporar una gran cantidad de ilícitos que pueden ser introducidos atendiendo particularmente al contexto de materialización fáctica del hecho que la ley señala como delito.

Otra cuestión que observamos es la amplitud de parámetros a través de los cuales el Juez de Control puede imponer la *prisión preventiva* a solicitud del Ministerio Público, aun tratándose de delitos estimados como de bajo impacto o no graves, previa justificación de la necesidad de su imposición por parte del Órgano Ministerial en los casos en los que otras *medidas cautelares* no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio (riesgo de sustracción); 2) asegurar el desarrollo de la investigación; 3) cuando sea necesaria para la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; y 4) cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

I. Exégesis de las medidas cautelares

I.1 marco doctrinal

Según MAIER, define a las medidas cautelares como:

... la aplicación de la fuerza pública que coarta las libertades reconocidas por el ordenamiento jurídico que pretende el resguardo

de los fines que persigue el mismo procedimiento y averiguar la verdad y la actuación de la ley sustantiva o en la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye el objeto del procedimiento¹.

Podemos decir que estas se clasifican de acuerdo a la doctrina tradicional en: *medidas cautelares de carácter personal*, estas restringen o privan de la libertad a una persona atentando directamente a la libertad deambulatoria del individuo, como lo es la *prisión preventiva*; y las *medidas cautelares de carácter real*, limitan la libre disposición o administración de bienes, su contenido es específicamente patrimonial, como pueden ser la presentación de una garantía económica, el embargo de bienes, la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero, y tienen como fines:

a) Asegurar la presencia del imputado en juicio y en los demás actos en los que sea requerida su presencia;

b) Garantizar la seguridad de la víctima, ofendido, testigos de los hechos y de la comunidad en general y,

c) Evitar la obstaculización del procedimiento o el desarrollo de la investigación.

Ahora bien las medidas cautelares de carácter real, tienen como finalidad además, la de garantizar la reparación de los posibles daños y perjuicios provocados por el hecho punible a la víctima.

En materia penal el objeto de las medidas cautelares es garantizar la efectividad en la persecución penal, es decir, con ellas se pretende materializar la función judicial de juzgar y ejecutar lo Juzgado.

«... las medidas cautelares suponen una clara invasión del poder público en la esfera personal del imputado en el proceso penal sin que se haya dictado una sentencia firme que declare su responsabilidad penal. Las medidas cautelares suponen: la limitación de la libertad personal, sin que se haya declarado de manera irrevocable que el acusado es merecedor de una sanción privativa de la libertad de incluso la posibilidad de la limitación de su derecho a la libre disposición sobre su patrimonio, sin que se haya declarado que es responsable de daños cuya reparación debe afrontar con su patrimonio.»

¹ MAIER, Julio, *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*, Vol. II, Depalma, Buenos Aires 1978, p. 127.

I.2 Características que rigen las medidas cautelares

Todo estudio de las medidas cautelares debe partir del ordenamiento jurídico concreto que resulta aplicable para considerar si las características específicas que la doctrina señala son de aplicación. En este sentido pueden enlistarse un conjunto de características que son comunes a las medidas cautelares:

Legalidad. Las medidas cautelares que se imponen al imputado son exclusivamente las autorizadas por el numeral 155 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

Jurisdiccionalidad. Sólo pueden ser impuestas mediante resolución judicial fundada, motivada y debidamente documentada, de conformidad con lo que marca el precepto 153 del Código Adjetivo Nacional.

Excepcionalidad e instrumentalidad. Como lo marca el artículo 20 apartado A fracción I de Nuestra Carta Magna y 2 del Código Procesal Nacional, tienen carácter excepcional, es decir son eventuales y están orientadas a la consecución de fines procesales (no son una sanción en sí mismas). La necesaria compatibilidad de la presunción de inocencia y la inviolabilidad de la libertad personal con la adopción de medidas cautelares hace que éstas se hayan de acordar necesariamente con carácter

excepcional de forma que la libertad del imputado en el proceso sea respetada salvo que se estime indispensable, por razones de cautela o de prevención especial, la pérdida de libertad, ello dentro de los límites legales establecidos al efecto.

Provisionalidad. Se mantendrán solo mientras subsista la necesidad de su aplicación y permanezca pendiente el proceso penal acorde a lo que estatuye el artículo 161 del Código Procesal de la materia.

Proporcionalidad. Deben ser proporcionales con la finalidad del proceso que se persigue cautelar y con la gravedad del hecho que se investigue, como lo prevé el numeral 156 de la Codificación Nacional en cita.

Homogeneidad. Puesto que las medidas cautelares están destinadas a garantizar los efectos futuros de la sentencia, participan en cierto modo (no existe una identidad perfecta sino mera homogeneidad) de la naturaleza de las medidas ejecutivas que tienden a pre-ordenar.

No oficialidad. En atención al principio acusatorio, las medidas cautelares no pueden ser decretadas de oficio por el juez, sino que deben siempre ser a petición de las partes, debiendo comparecer ambas, salvo en algunas medidas en forma excepcional.

Acorde a estas características se debe tener en cuenta que las medidas cautelares suponen una clara invasión del poder público en la esfera personal del imputado en el proceso penal sin que se haya dictado una sentencia firme que declare su responsabilidad penal. Las medidas cautelares suponen: la limitación de la libertad personal, sin que se haya declarado de manera irrevocable que el acusado es merecedor de una sanción privativa de la libertad de incluso la posibilidad de la limitación de su derecho a la libre disposición sobre su patrimonio, sin que se haya declarado que es responsable de daños cuya reparación debe afrontar con su patrimonio.

II. Naturaleza jurídica de la prisión preventiva en la doctrina

Se ha definido a la *prisión preventiva* como el estado de privación de libertad que el órgano jurisdiccional impone a un imputado durante la sustanciación del proceso, a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley penal. Es una medida cautelar, que debe decretar un Juez de Control con un doble propósito: *alejar el peligro de que el imputado eluda el juicio* y la probable sanción que se le imponga en caso de ser culpable y por otra, la de *facilitar la actuación de la ley*, ya que de no estar presente, la continuación del proceso sería imposible.

También es considerada como la medida cautelar más gravosa que se impone a una persona que no ha sido

declarada culpable del delito que se le imputa, pero que sin embargo resulta necesaria frente a la comisión del delito y a las presunciones que surgen de las primeras diligencias en la carpeta de investigación. No es una medida de coerción, ni el principio de una sanción, es una providencia de seguridad de garantía, de que el imputado no se sustraiga a la acción de la justicia y de que la ley no quedará burlada. La *prisión preventiva* inicia sus efectos en el momento de la notificación de la misma, pero una vez dictada sentencia condenatoria que pone fin al juicio, se retrotrae al día de la detención y termina en la fecha en que la sentencia que se pronuncie causa ejecutoria².

La *prisión preventiva* es la privación de la libertad antes de que exista una sentencia condenatoria. Es considerada, de inmoral porque supone una privación de libertad que recae sobre la persona aún no declarada culpable, que la cumple, en definitiva, una persona jurídicamente inocente.

Según nos lo indica ZAFFARONI: «se llama *prisión preventiva* a la privación de la libertad que sufre quien aún no ha sido condenado, es decir, quien aún está procesado porque aún no ha habido sentencia, la

² PÉREZ PALMA, Rafael, *Fundamentos Constitucionales del procedimiento Penal*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1974, pp. 209 y 210.

que bien puede ser condenatoria como absolutoria»³.

Para BARONA VILAR⁴, la *prisión preventiva* es una medida cautelar personal excepcional en el sentido que debe hacer uso de la misma en última instancia; para ello debe clasificarse como:

1. Una privación de la libertad del sujeto que la padece;
2. Una medida cautelar personal del proceso penal, con el fin de asegurar el proceso y su normal desarrollo así como la ejecución de la posible sentencia que, en su día se dicte;
3. Se trata de una medida instrumental en el sentido que sirve a los fines antes señalados;
4. Se trata de una medida provisional, revisable en cualquier momento del proceso, de oficio o a instancia de parte, y
5. Se trata de una medida excepcional, frente a la situación normal de esperar el juicio en estado de libertad.

La excepción a esta medida ha sido regulada por los numerales 18 párrafo primero, así como 19 párrafo

segundo ambos de la Carta Federal, ello al establecer:

Artículo 18. Solo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a la prisión preventiva.

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.

Asimismo el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone:

La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el

³ ZAFFARONI EUGENIO, Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Cárdenas Editor y distribuidor, México 1988, p. 717.

⁴ BARONA VILAR, Silvia, *Prisión Provisional y medidas alternativas*, Librería Bosch, 1º Edición, España, Barcelona 1988, pp. 15 – 28.

acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo⁵.

«Es oportuno mencionar que ciertos organismos están en contra de la aplicación de la prisión preventiva, dado que se opone al estado jurídico de inocencia (también conocido como principio de presunción de inocencia), el cual parte de la idea de que todo acusado es inocente hasta que se pruebe lo contrario mediante un juicio o proceso y entonces hasta será posible restringir su libertad personal, estiman que la prisión preventiva es una medida que anticipa una pena al acusado antes de que se demuestre su culpabilidad y, por lo tanto, si resulta inocente nada podrá compensarlo por su experiencia en reclusión y de las afectaciones personales, familiares, laborales entre otras.»

En otro contexto la *prisión preventiva*, es una disposición judicial que consiste en la privación de la libertad de una persona que se encuentra sometida a una investigación criminal hasta que llegue el momento de su juicio. La *prisión preventiva* priva al acusado de su libertad durante un periodo determinado, aun cuando no haya sido condenado.

La finalidad de la *prisión preventiva* es garantizar que el acusado no altere el normal desarrollo del procedimiento penal. Al restringirle su derecho a la libertad personal de manera preventiva, se impide que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia antes del juicio. Resulta importante destacar que la *prisión preventiva* es un recurso judicial que se utiliza en última instancia. Por lo general se privilegian otras medidas cautelares contenidas en el numeral 155 fracción I a XIII del Código Adjetivo Nacional

Es oportuno mencionar que ciertos organismos están en contra de la aplicación de la *prisión preventiva*, dado que se opone al estado jurídico de inocencia (también conocido como principio de presunción de inocencia), el cual parte de la idea de que todo acusado es inocente hasta que se pruebe lo contrario mediante un juicio o proceso y entonces hasta será posible restringir su libertad personal, estiman que la *prisión preventiva* es una medida que anticipa una pena al acusado antes de que se demuestre su

⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 12/96, resolución del 1/3/96, 01 Marzo, Argentina 1996, p. 48.

culpabilidad y, por lo tanto, si resulta inocente nada podrá compensarlo por su experiencia en reclusión y de las afectaciones personales, familiares, laborales entre otras.

II.1 La prisión preventiva como regla de tratamiento del imputado

Esta medida cautelar sólo se justifica cuando en la causa penal se actualizan las exigencias que la norma suprema establece. Constituye una excepción a la libertad dentro de la fase de la investigación penal de los hechos, en la que aún no se ha resuelto su situación jurídica⁶.

Es oportuno indicar que el propósito de toda medida cautelar es asegurar, el cumplimiento o la ejecución de una hipotética y futura sentencia. En materia penal se amplía el fin, en atención a los bienes jurídicos tutelados y los efectos sociales que genera, así lo refiere MORALES BRAND, José Luis Eloy:

La prisión preventiva pretende impedir la fuga o evasión de la acción de la justicia del inculpado, asegurar su presencia en el juicio para que siga en marcha y no se paralice; que el inculpado no destruya las pruebas, amenace a la víctima, testigos o destruya el

objeto u objetos del delito; evitar que informe a sus cómplices para que evada la acción de la justicia; impedir que cometa nuevos delitos; protegerlo de los mismos cómplices y de las víctimas; garantizar la ejecución de la pena; pero principalmente que la sociedad crea en el prevalecimiento del orden jurídico y se abstenga de realizar conductas delictuosas⁷.

Cabe precisar que, anterior a la reforma Constitucional de 2008 se apreciaba un enorme abuso de la *prisión preventiva*, toda vez que una gran cantidad de delitos se consideraban calificados como graves por la legislación ordinaria, atendiendo en esencia al término medio aritmético de cinco años de la sanción privativa de libertad hipotética a imponer en cada uno de ellos.

Con la finalidad de superar este estado de cosas se impuso que fuera la propia Constitución Política Nacional la que determine los casos excepcionales. Este fue el argumento genérico plasmado en la exposición de motivos de la reforma penal, expuesta en el dictamen de la primera lectura, por la Cámara de Diputados, el día 12 de Diciembre de 2007⁸.

⁶ Concepto empleado por la Sala Constitucional de Costa Rica, en el voto número 1309-96, citado por Raúl F. CÁRDENAS RIUSECO, en el libro denominado *La prisión preventiva en México*, Porrúa, México 2004, p. 4.

⁷ MORALES BRAND, José Luis Eloy, *Reforma al sistema de justicia penal en México*, Epiqueia, México 2008, p. 100.

⁸ La fluidez de las razones plasmadas en la iniciativa, permite conocer con precisión el fin perseguido por el legislador, lo que sirve para

a) Características

Es una medida privativa de libertad de carácter provisional, no es una pena, pero si el acusado resulta condenado, la *prisión preventiva* se convierte en pena que se está cumpliendo, descontada del tiempo de duración de la sentencia condenatoria.

Es preventiva, porque la ley supone que asegura la persona del acusado, evita que éste pueda seguir causando daño y asegura el resultado de la investigación.

Es de duración definida, atento a la reforma Constitucional de 2008, toda vez que Legislador Federal estableció, dentro del artículo 20 apartado B fracción IX párrafo segundo, que:

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.

formular la debida interpretación constitucional de los delitos graves y la aplicación de prisión preventiva a fin de respetar la presunción de inocencia.

b) Requisitos generales de procedencia

Estos presupuestos de procedencia de la de *prisión preventiva*, como toda medida cautelar, debe estar orientada a los fines del procedimiento, ello para no desvirtuar su naturaleza, por tanto debemos atender copulativamente con los requisitos de la apariencia de buen derecho o *fumusboni iuris* y, el peligro en la mora o *periculum in mora*.

Fumusboni iuris: La llamada apariencia de buen derecho. Deben existir antecedentes que justifiquen la existencia de un hecho punible y antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido algún grado de participación en el mismo para aplicarla. Esto es, que debe acreditarse los peligros concretos que amenacen la efectividad del proceso, tanto en su aspecto formal, como sustantivo, referido al hecho punible y participación atribuidas, es así que la audiencia en donde se soliciten las medidas cautelares no se convierta en audiencia de prueba, sino que en la misma deben aportarse elementos de convicción que se obtengan por parte del Ministerio Público, que justifiquen la solicitud de las medidas.

Periculum in mora: Según la doctrina española, *Periculum libertatis* o peligro por la libertad, las medidas cautelares tienen como finalidad, evitar que la libertad del imputado provoque su incomparecencia en el proceso, impidiendo que éste cumpla

sus objetivos y se lleve a cabo con éxito la eventual ejecución de la sentencia, también se persigue evitar el peligro de afectación de las diligencias de la investigación, de la seguridad de la sociedad y del ofendido. Al igual que en el caso anterior, deben acreditarse los requisitos de *periculun in mora* y que se atenta contra la prosecución de la investigación, la seguridad de la sociedad o finalmente del ofendido.

Siendo estos dos requisitos los que constituyen las principales exigencias para decretar una medida cautelar dentro del proceso penal.

Al estudiar la *prisión preventiva*, es importante analizar el principio de presunción de inocencia el cual constituye un derecho humano de obligado respeto por las autoridades, las que tienen como imperativo «tutelar la libertad personal del individuo»⁹ durante todas las fases del procedimiento penal, sustentado en el principio: «... todo acusado debe ser tenido por inocente, mientras no se pruebe lo contrario porque la carga de la prueba del delito y de la responsabilidad, incumbe a las autoridades que le imputan, y no toca a los acusados probar su inocencia...»¹⁰.

⁹ HERRERA PÉREZ, Alberto, *El derecho a la presunción de inocencia*, Porrúa, México 2012, p. 1.

¹⁰ Tesis Aislada, de la Quinta Época, sostenida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la

Representando así una compensación favor del imputado, buscando igualar de esa manera las fuerzas para enfrentar al poder del Estado¹¹.

Esta institución jurídica, se encuentra prevista en la fracción I del apartado B, del artículo 20 de la Carta Magna. El texto le otorga un tratamiento especial en los procedimientos implementados por los órganos estatales en contra del justiciable, erigiéndose de esta forma en una auténtica garantía procesal que debe ser vencida por el Estado, quien está constreñido a ejercer las acciones pertinentes mediante las cuales aporte las pruebas idóneas capaces de obsequiar la certeza de la existencia del delito y la culpabilidad a cargo del imputado.

III. Finalidad de la prisión preventiva

La *prisión preventiva* tiene como finalidad primordial la realización exitosa del proceso penal, teniendo como objeto asegurar la presencia del imputado, evitar el peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación así como el de nulificar

Nación, visible en la página 2087, Tomo XXXVII, del SJF y su Gaceta, el número de registro 336870, bajo el rubro: CONTRABANDO, DELITO DE.

¹¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, «Los sistemas de enjuiciamiento Penal y sus órganos de acusación», Ponencias generales del XII congreso Mundial de Derecho Procesal, México 2013, p. 26.

cualquier riesgo potencial para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad y derivado de lo anterior aplicar la sanción como resolución del conflicto penal, pero en ningún caso tendrá, la finalidad de garantizar la ejecución de una futura condena.

En este sentido, la Autoridad Federal ha establecido que las medidas cautelares previstas en el artículo 155 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* entre las que se encuentra la prisión preventiva que impone el juez de control, tienen como objetivo asegurar el cumplimiento de las determinaciones que se emiten en el proceso y garantizar la presencia del imputado, para que sean efectivos, por una parte, la investigación y el juzgamiento y, por otra, los derechos de las víctimas. Así, por su naturaleza, tienen una duración precaria o temporal, porque su finalidad no es sancionatoria ni está dirigida a resocializar al acusado ni a prevenir el delito, sino que su propósito es puramente procesal —asegurar el resultado exitoso del proceso penal—. Por esta razón, la compleja relación entre las medidas cautelares cuando implican restricción de la libertad y la pena privativa de la libertad dictada en sentencia ejecutoriada deriva, en el sistema adversarial, en que ésta constituye el vencimiento de la presunción de inocencia a favor de toda persona, lo que permite imponer una sanción, con base en que existió

previo juzgamiento conforme a las leyes preexistentes, ante juez o tribunal competente, con observancia de los derechos fundamentales que configuran el debido proceso. Así, una cosa es dictar una medida cautelar —por ejemplo, de restricción de la libertad durante el proceso. oral—, en contra de quien existen datos de prueba acerca de que puede ser responsable penalmente de la comisión de un delito, para que esté a disposición de la administración de justicia, mientras se sustancia el proceso en su contra, y otra distinta que, cumplido el trámite que llevará al proceso en el sistema adversarial, con observancia de los derechos fundamentales del acusado, se llegue a la convicción de que en realidad existe esa responsabilidad penal y, por tanto, deba aplicarse la sanción establecida en la ley —en sentencia ejecutoriada—. Por ello, en el sistema de justicia penal acusatorio, pierde vigencia la medida cautelar de prisión preventiva —o cualquier otra prevista por el código mencionado—, al ser sustituida por la *pena privativa* de la libertad dictada en definitiva¹².

¹² Tesis: I.3o.P.56 P (10a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 2308, libro 39, febrero de 2017, Tomo III, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2013616, bajo el rubro: «MEDIDA CAUTELAR DE DETENCIÓN PREVENTIVA IMPUESTA POR UN JUEZ DE CONTROL DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Por otra parte, habrán de atenderse cuatro reglas de tratamiento de la *prisión preventiva*, que deben observarse por la autoridad jurisdiccional en el procedimiento penal, como son:

1. Es *una medida cautelar*, como tal, su función es doble, por un lado es preventiva (por cuanto se anticipa a la materialización del riesgo), tomando la peligrosidad del gobernado en tal supuesto y, por otro lado, es instrumento procesal de contenido material (al limitar derechos de imputado).

2. Instaura *los principios* sobre los cuales se registrará, como son:

- a) Subsidiariedad y,
- b) De excepcionalidad.

El primero, obliga a la autoridad a optar por la medida cautelar que menos afecte la esfera jurídica de los particulares, esto es, provocar la menor afectación posible. El segundo, por su parte, refiere que la medida sólo procederá cuando otros mecanismos de cautela no sean suficientes para lograr el fin perseguido.

3. Exige *la rogación obligatoria* por parte del Ministerio Público, en aquellos delitos que no sean de carácter oficioso, además le impone la

ACUSATORIO. SU DIFERENCIA CON LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD DICTADA EN SENTENCIA EJECUTORIADA».

obligación de demostrar la necesidad de su imposición a través de un test de proporcionalidad que evidencie que, de no aplicarse actualizaría alguno de los siguientes riesgos:

- a. Su comparecencia en el juicio,
- b. El desarrollo de la investigación,
- c. La protección de la víctima, de los testigos o la comunidad.

A nivel internacional la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que será válida la aplicación de la *prisión preventiva* sólo cuando se demuestre efectivamente: el peligro de fuga, el riesgo de la comisión de nuevo delito; la necesidad de investigar¹³.

Su aplicación necesariamente debe ser temporal, luego entonces, el órgano jurisdiccional que lo permite deberá tomar en cuenta todos los elementos para fijar su duración, la que desde luego deberá ser el menor tiempo posible.

4. *Excepcionalmente oficiosa*: Restringe la libertad del imputado en forma oficiosa por parte del órgano jurisdiccional, limitando los supuestos a los siguientes delitos: delincuencia organizada; homicidio doloso; violación; secuestro; trata de personas; delitos cometidos con medios violentos como armas y

¹³ CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *La presunción de inocencia*, Porrúa, México 2003, p. 29.

explosivos; así como los llamados delitos graves-legales, como son aquellos que atentan contra la seguridad de la nación; el libre desarrollo de la personalidad y; contra la salud.

IV. Marco jurídico constitucional de la prisión preventiva

La *prisión preventiva* se halla regulada en la legislación mexicana por:

1) La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artículos 18, 19 y 20, que prevén:

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. (...) Para la reclusión preventiva (...) se destinarán centros especiales.

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, 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. (...)

Artículo 20...

De los derechos de toda persona imputada: (...)

IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

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. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

El primero de los dispositivos contempla que solo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a la *prisión preventiva*, y el sitio será distinto al que se destinare

para la extinción de penas y estarán completamente separados.

El segundo dispositivo constitucional determina que es el Ministerio Público quien podrá solicitar al juez la *prisión preventiva* cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, el ofendido, 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 *prisión preventiva*, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine a ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud.

Es importante notar también el último de los preceptos citados, fija dos años como plazo máximo de duración de la *prisión preventiva*, salvo que su prolongación sea única y exclusivamente para el ejercicio del derecho de defensa del imputado. Y que para el caso de que si transcurrido dicho plazo sin que se hubiere dictado sentencia, el imputado deberá ser puesto en libertad de manera inmediata, mientras continúa su proceso, pudiendo imponer diversas medidas.

Conforme a lo expuesto, existen dos sistemas que regulan la imposición de la *prisión preventiva* en nuestro país. El primero, contenido en las normas constitucionales previas a la reforma procesal penal del 18 de junio de 2008, en el que deberá dictarse *prisión preventiva* en los casos de delitos graves, así como en caso de delitos no graves, siempre que se reúnan ciertas circunstancias. Este esquema regirá hasta que se cumpla la condición prevista en el artículo segundo transitorio del decreto del 18 de junio de 2008.

Por otra parte, el sistema contenido en los artículos reformados mediante dicho decreto, en el que se hace un catálogo constitucional de delitos que ameritan dicha medida dejan una facultad residual al legislador secundario para determinar la existencia de delitos graves tratándose de seguridad de la nación, así como el libre desarrollo de la personalidad y la salud.

V. Marco internacional de la prisión preventiva

La *prisión preventiva* es una medida que los tratados internacionales de los que México es parte reconocen. Al efecto, el artículo 9º, párrafo tercero, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinte de mayo de 1981, reconoce que aunque la *prisión preventiva* no debe ser la regla general, el otorgamiento de la libertad sí puede estar

subordinado a garantizar la comparecencia al proceso. Al interpretar esta disposición en su comentario general número 8, el COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS apuntó que la *prisión preventiva* debería ser «excepcional y lo más breve posible»¹⁴.

Por su parte, el artículo 7, párrafo quinto, de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que la persona tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de la continuación del proceso¹⁵. Se advierten entonces, diferencias normativas importantes respecto del referido artículo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues para la Convención Americana la *prisión preventiva* sólo estará prohibida si la persona no es juzgada en un plazo razonable (no señala excepcionalidad).

¹⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comentario General N° 8, *Derecho a la libertad y la seguridad personal*, (Artículo 9) 1982.

¹⁵ «5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora ante un Juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.»

«... existen dos sistemas que regulan la imposición de la prisión preventiva en nuestro país. El primero, contenido en las normas constitucionales previas a la reforma procesal penal del 18 de junio de 2008, en el que deberá dictarse prisión preventiva en los casos de delitos graves, así como en caso de delitos no graves, siempre que se reúnan ciertas circunstancias. Este esquema regirá hasta que se cumpla la condición prevista en el artículo segundo transitorio del decreto del 18 de junio de 2008.

Por otra parte, el sistema contenido en los artículos reformados mediante dicho decreto, en el que se hace un catálogo constitucional de delitos que ameritan dicha medida dejan una facultad residual al legislador secundario para determinar la existencia de delitos graves tratándose de seguridad de la nación, así como el libre desarrollo de la personalidad y la salud.»

En este orden de ideas, la jurisprudencia de la CoIDH, así como de la propia Comisión del mismo sistema, es acorde en señalar que la *prisión preventiva* es aceptable en ciertos casos. Su revisión más precisa revela que está limitada cuando su duración sobrepasa un plazo razonable, y cuando sea necesario justificar especialmente su imposición. Por lo tanto la jurisprudencia interamericana revela un enfoque cualitativamente diverso al adoptado en nuestro país, pues la *prisión preventiva* no se ve como una medida tendente a evitar el riesgo que podría representar el posible culpable, sino como providencia tendente a asegurar los fines del proceso penal, la comparecencia del inculpado y la eventual ejecución de la sentencia.

VI. Prisión preventiva en el Código Nacional de Procedimientos Penales

La *prisión preventiva* se encuentra regulada en un inicio en el numeral 155, fracción XIV del Código Nacional Procesal, y estipula como última opinión su imposición.

a) Casos en los que procede su imposición

El numeral 165 del Código Nacional Procesal, dispone que sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. La prisión preventiva será ordenada conforme a los términos y

las condiciones del *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

b) Temporalidad de la prisión preventiva

Tanto la Constitución Federal como el Código Nacional Procesal, prevén que la *prisión preventiva* no podrá exceder de *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. (Artículo 165 del Código Instrumental de la materia).

En este sentido, habrá de tomarse en consideración el contenido de la tesis aislada bajo el rubro «PRISIÓN PREVENTIVA. FACTORES A CONSIDERAR PARA EL ANÁLISIS DE LA RAZONABILIDAD PARA LA PROLONGACIÓN DEL PLAZO PREVISTO EN LA FRACCIÓN VIII, DEL APARTADO A, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL.», cuyo texto estatuye¹⁶:

¹⁶ Tesis 1a. XL/2017 (10a.), de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 450, Libro 40, marzo de 2017, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2014015 bajo el rubro «PRISIÓN PREVENTIVA. FACTORES A CONSIDERAR PARA EL ANÁLISIS DE LA RAZONABILIDAD PARA LA PROLONGACIÓN DEL PLAZO PREVISTO EN LA FRACCIÓN VIII,

En el juicio de amparo en revisión 27/2012, que dio lugar a la tesis 1a. CXXXVII/2012 (10a.) de rubro: «PRISIÓN PREVENTIVA. FORMA DE PONDERAR EL PLAZO RAZONABLE DE SU DURACIÓN.», esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación abordó la temática del plazo razonable para justificar la prolongación de la prisión preventiva. Sin embargo, con motivo de lo resuelto por el Tribunal Pleno en la contradicción de tesis 293/2011, toda vez que existe una interrelación material entre las normas constitucionales y las de los tratados internacionales ratificados por México que reconocen derechos humanos y dado que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para esta Suprema Corte, siempre y cuando sea más favorable para la persona, criterio que se refleja en la Tesis P./J. 21/2014 (10a.), de rubro: «JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.», resulta necesario hacer algunas acotaciones y diferenciaciones al criterio resultante de tal amparo en revisión a la luz de los nuevos lineamientos interamericanos. Por lo tanto, cuando en el transcurso de un proceso penal una persona solicite su libertad al estimar que se

ha actualizado un plazo irrazonable para ser juzgada y, por ende, no se justifica la prolongación de su prisión preventiva, con fundamento en los artículos 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el juzgador competente deberá de tomar en cuenta y valorar lo siguiente: a) el artículo 20, Apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el texto vigente antes de su modificación el 18 de junio de 2008, no establece un plazo perentorio para la prisión preventiva, sino que señala un rango de tiempo máximo del proceso penal cuyo cumplimiento dependerá de las circunstancias del caso y del respeto y protección del derecho de defensa del inculcado; y b) consecuentemente, para determinar si se ha transgredido un plazo razonable para que una persona sea juzgada y, con ello, sea viable o no prolongar la prisión preventiva, el juzgador tendrá que analizar la: i) complejidad del caso; ii) la actividad procesal del interesado; y, iii) la conducta de la autoridad judicial y de otras que incidan en el proceso. Aunado a lo anterior, para no pasar por alto la preocupación que refleja el Poder Constituyente al establecer en la fracción I del apartado A, del citado artículo 20 constitucional, ciertos requisitos para que se pueda interrumpir la prisión preventiva durante el proceso del orden penal, el juzgador tiene la facultad para

DEL APARTADO A, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL.»

analizar excepcional y sucesivamente los elementos recién citados de complejidad y actividad procesal; si es necesaria la prolongación de la prisión preventiva con el fin de que el inculcado no eluda la acción de la justicia y se desarrolle de manera eficiente la investigación y, en su caso, si se encuentra acreditada o hay indicios suficientes sobre la existencia de causas externas que trasciendan en el proceso, tales como el peligro o la viabilidad de presión a testigos o víctimas o la sujeción del inculcado a otro proceso penal. Para ello, el juez correspondiente deberá hacer un análisis holístico de las circunstancias jurídicas y fácticas que rodean al proceso, aludiendo a criterios de necesidad y proporcionalidad y pudiendo tomar en cuenta la naturaleza del delito que se imputa, pero sin que ese único factor y sólo por ese elemento se decida prolongar la prisión preventiva.

Criterio emitido por la Autoridad Federal que permite sustentar al Órgano un ejercicio de ponderación atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad a efecto de justificar la prolongación de la *prisión preventiva* en un lapso mayor a los dos años previstos tanto a nivel constitucional como procesal.

c) Oportunidad para resolver sobre la prisión preventiva

En caso de que el Ministerio Público solicite la *prisión preventiva* durante el plazo constitucional, dicha cuestión deberá resolverse antes del dictado del auto de vinculación a proceso. 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. (Como lo prevé el numeral 154 del Código Nacional Procesal.

d) Facultad para imponer la prisión preventiva

El Órgano Jurisdiccional, que en este caso sería el Juez de Control a petición única y exclusiva del Agente del Ministerio Público.

e) La prisión preventiva en el sistema de justicia penal como excepción y no como regla

En los casos en los que el delito imputado amerite pena privativa de libertad, podrá aplicarse:

a. Cuando exista peligro de sustracción de la acción de la justicia del sujeto.

b. Cuando el sujeto intente obstaculizar el proceso.

c. Cuando el sujeto represente un peligro inminente hacia la víctima o a la sociedad por el grado de afectación del bien jurídico.

d. 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 conexa o acumulable

«El Juez de Control competente, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la Ley Contra la Seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas enmarcarán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa. La Ley en materia de delincuencia organizada determinará los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa. Y establece que también los que se encuentran regulados en el Código Penal Federal.»

Estas las encontramos reguladas en el numeral 167 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, que indica: Que es sólo el Ministerio Público quien 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 conexa en los términos del *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

También dispone dicho numeral que 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*.

El Juez de Control competente, ordenará la *prisión preventiva oficiosamente* en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la Ley Contra la

Seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas enmarcarán los supuestos que ameriten *prisión preventiva* oficiosa. La Ley en materia de delincuencia organizada determinará los supuestos que ameriten *prisión preventiva* oficiosa. Y establece que también los que se encuentran regulados en el Código Penal Federal.

f) Excepciones para imponer la prisión preventiva

De conformidad con lo que marca párrafo último del numeral 167 del Código Instrumental de la materia, el juez no podrá imponer la *prisión preventiva* oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicita el Ministerio Público (previa autorización del titular de la Procuraduría o del funcionario en el que delegue dicha facultad) por no resultar *proporcional* para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad.

Existen otras excepciones, las cuales puede hacer valer la Defensa del imputado, en términos de lo que marca el artículo 166 del Código Nacional Procesal, esto es cuando: el imputado sea una persona mayor de setenta años de edad o afectada por una enfermedad grave o terminal, en este caso el Órgano Jurisdiccional

podrá ordenar que la *prisión preventiva* se ejecute en el domicilio de la persona imputada o, de ser el caso, en un centro médico o geriátrico, bajo las medidas cautelares que procedan.

De igual forma, se podrá prescindir de la *prisión preventiva* cuando se trate de mujeres embarazadas, o de madres durante la lactancia.

Exceptuando de estas prerrogativas a quienes, a criterio del Juez de Control, puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su riesgo social.

VII. Prisión preventiva oficiosa y prisión preventiva justificada

Cuando se habla de la *prisión preventiva*, se refiere al presupuesto de la posibilidad de restringir el derecho a la libertad personal, garantizado ahora por el artículo 19 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, sin embargo la mención de aplicación excepcional de esta medida cautelar de ninguna manera se debe tomar como la imposibilidad de imponerla.

El carácter subsidiario de la *prisión preventiva* no significa su falta de aplicación, sino que la misma estará reservada para un conjunto de supuestos:

- a) Para delitos muy graves establecidos en la norma legal (principio de fragmentariedad procesal); y

b) Para los restantes delitos, en la inteligencia que las demás medidas cautelares no puedan evitar, razonablemente, la materialización de peligros o riesgos para el proceso (principio de proporcionalidad procesal).

A este respecto del párrafo segundo del numeral 19 Constitucional se desprenden los dos principios previamente citados, esto es de *fragmentariedad procesal* y *proporcionalidad procesal* para la imposición de la *prisión preventiva*. Respecto al primero la *prisión preventiva* se impondrá cuando la naturaleza del delito imputado encuadre en aquella parcela de ilícitos penales considerados por la ley como muy graves o gravísimos (esto es por la naturaleza del bien jurídico afectado, la modalidad del ataque, la pluralidad de víctimas, etc.), el legislador agrega el carácter *oficioso*, es decir que el juez de control no requiere de solicitud del Ministerio Público para abrir el debate correspondiente respecto a la actualización del referido principio que justifique la imposición de la *prisión preventiva*.

En ese sentido es de precisar, que la *prisión preventiva* se presenta en dos modalidades. En primer lugar, tenemos la *prisión preventiva a solicitud del Ministerio Público*, siempre y cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar las finalidades establecidas en el numeral

153 del Código Adjetivo Nacional. Para ello el juez de control al momento de analizar su imposición deberá tomar en cuenta ciertos principios:

- a) Excepcionalidad de la medida cautelar;
- b) Motivación de la resolución cautelar;
- c) Prueba de la necesidad de cautela;
- d) Proporcionalidad cautelar; y
- e) Privilegiar la libertad del imputado, aun de manera oficiosa.

«Cuando se habla de la prisión preventiva, se refiere al presupuesto de la posibilidad de restringir el derecho a la libertad personal, garantizado ahora por el artículo 19 del Código Nacional de Procedimientos Penales, sin embargo la mención de aplicación excepcional de esta medida cautelar de ninguna manera se debe tomar como la imposibilidad de imponerla.»

Por lo que este tipo de *prisión preventiva* deberá ser solicitada por el Órgano Investigador, cuando el delito no esté en el catálogo del artículo 167, fundándose y argumentando sobre las hipótesis de los artículos 168, 169 y 170 del Código Procesal Nacional.

a) Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento (Peligro de sustracción de conformidad con lo que marca el numeral 168)-

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;

II. El máximo de la pena que en su caso pudiera llegar a imponerse de acuerdo al delito de que se trate y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante éste;

III. El comportamiento del imputado posterior al hecho cometido durante el procedimiento o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal;

IV. La inobservancia de medidas cautelares previamente impuestas, o,

V. El desacato de citaciones para actos procesales y que, conforme a derecho, le hubieran realizado las autoridades investigadoras o jurisdiccionales.

Analizada la fracción II del referido numeral, es de precisar que dicha hipótesis ha sido superada, atendiendo al principio de presunción de inocencia en su vertiente de regla de trato procesal, pues dicho pronunciamiento presupone de suyo la anticipación de la pena, lo cual constitucionalmente está proscrito en el actuar de los juzgadores.

b) Evitar la obstaculización del procedimiento (hipótesis prevista en el artículo 169).

Artículo 169. Peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación.

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

I. Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba;

II. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de

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

c) Garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo (170).

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.

Una vez que el Ministerio Público ha solicitado la imposición de la *prisión preventiva*, se abre el debate correspondiente entre las partes, y en este caso debe justificar su imposición, esto es, porque a su consideración resulta *necesaria, idónea y proporcional*, lo cual deberá acreditar dentro de la audiencia, allegándose incluso del informe de evaluación de riesgo del imputado, mismo que realiza personal especializado en la materia de manera objetiva, imparcial y neutral.

Sin dejar de analizar los conceptos que prevé la legislación procesal penal que debe tomar en consideración el solicitante de la medida para fundar su petición, cubriendo ciertos requisitos, por lo que es de analizar el significado de cada concepto:

Necesidad: Lo cual significa que la medida solicitada debe ser necesaria. No debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma aptitud para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Hacer un análisis sobre la existencia de medios alternativos optado por la legislación que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor medida respecto del medio utilizado. Análisis de una comparación entre medios; el optado y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin; la identificación de medios hipotéticos alternativos idóneos; la determinación de, si tales medios —idóneos— no intervienen en el derecho o principio en cuestión, o, si, interviniéndolo, tal intervención reviste menor intensidad.

Idoneidad: Relación de causalidad de medio a fin. El análisis debe establecer los medios (a través de qué), la finalidad (contribuya con la protección de algún derecho o bien jurídico) y el objetivo legítimo. Identificación de un fin de relevancia constitucional. Verificación sobre si la

medida examinada es adecuada para lograr un fin de relevancia constitucional

Proporcionalidad en sentido estricto o “ponderación”: Debe existir proporcionalidad entre dos pesos o intensidades: Primero, aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida examinada que limita un derecho fundamental; y, segundo, aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate. Consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental. La ponderación supone evaluar las posibilidades jurídicas de realización de un derecho que se encuentra en conflicto con otro. Conforme con ALEXY, si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto.

Una vez que el Representante Social, ha expuesto los motivos por los cuales considera que se debe imponer la *prisión preventiva justificada*, cubriendo todos y cada uno de los requisitos que justifican la imposición de la misma.

Ahora bien la llamada *prisión preventiva oficiosa*, regulada en la Constitución Federal en el párrafo segundo del multicitado numeral 19 y

167 del Código Nacional Procesal, en el sentido de que es el juez de control quien la debe dictar en forma “oficiosa”, cuando en una audiencia inicial se ha formulado imputación o bien se ha vinculado a proceso de una persona imputada por alguno de los delitos que la ameritan, sin necesidad de que el Ministerio Público solicite su imposición, porque es una obligación del Juez de Control, y no del Ministerio Público.

El último párrafo del artículo 167, que dice: «El juez no impondrá la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público», es decir la obligación del Órgano Investigador, tratándose de delitos que ameritan *prisión preventiva oficiosa* no es, en positivo, más bien, es en negativo.

La *prisión preventiva*, como medida cautelar, estará *vigente* durante el término de la Investigación complementaria, la audiencia intermedia, y por supuesto el procedimiento abreviado o en su caso la audiencia de juicio oral, la que en ningún caso podrá exceder de dos años, a menos de que se trate del ejercicio al derecho de defensa, según el artículo 165 segundo párrafo del Código Nacional Procesal.

Finalmente es de precisar que las resoluciones que resuelven las medidas cautelares son *apelables* en términos de lo que marca el numeral 168 del Código Adjetivo Nacional.

«Una vez que el Ministerio Público ha solicitado la imposición de la prisión preventiva, se abre el debate correspondiente entre las partes, y en este caso debe justificar su imposición, esto es, porque a su consideración resulta necesaria, idónea y proporcional, lo cual deberá acreditar dentro de la audiencia, allegándose incluso del informe de evaluación de riesgo del imputado, mismo que realiza personal especializado en la materia de manera objetiva, imparcial y neutral.»

Conclusiones

Primera. Se estima que los estándares constitucionales y procesales para la imposición de la prisión preventiva resultan compatibles con lo dispuesto en los instrumentos internacionales de los que México es parte, así como sus respectivas interpretaciones, tomando en consideración primordial el carácter excepcional de la misma.

Segunda. La prisión preventiva tiene como finalidad la realización exitosa del proceso penal, teniendo como objeto asegurar la presencia del imputado, evitar el peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación así como el de nulificar cualquier riesgo potencial para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad, y derivado de lo anterior aplicar la sanción como resolución del conflicto penal, pero en ningún caso tendrá, la finalidad de garantizar la ejecución de una futura condena.

Tercera. El Ministerio Público es el único facultado para solicitar la medida cautelar de la *prisión preventiva justificada*, para lo cual, atendiendo a los principios de necesidad o indispensabilidad (*intervención mínima*), adecuación o idoneidad y proporcionalidad *strictu sensu*, habrá de exponer ante el juez de control la justificación para su imposición, aun tratándose de delitos estimados como de bajo impacto o no graves, y solo en los casos en los que otras *medidas cautelares* no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio (riesgo de sustracción); 2) asegurar el desarrollo de la investigación; 3) cuando sea necesaria para la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; y 4) cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siendo el Órgano Jurisdiccional quien, una vez

escuchadas las partes y cerrado el debate, efectúe los juicios de valor correspondientes analizando la razonabilidad o proporcionalidad de la medida para determinar su imposición.

Cuarta. La imposición de la *medida cautelar de prisión preventiva oficiosa*, a través de la cual se restringe de la libertad personal al imputado por parte del juez de control, se estableció a través de un catálogo de delitos que el legislador consideró en la Constitución Federal como en el Código Nacional Procesal, como de mayor impacto social y que atentan contra los bienes jurídicos de primordial protección para el Estado, lo cual evidentemente releva de la carga de justificar al Ministerio Público sobre la necesidad de su imposición y por ende excluye el debate entre las partes.

Fuentes consultadas

Bibliografía

- BARONA VILAR, Silvia, *Prisión Provisional y medidas alternativas*, Librería Bosch, 1º Edición, España, Barcelona 1988.
- CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *La presunción de inocencia*, Porrúa, México 2003.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 12/96, resolución del 1/3/96, 01 Marzo, Argentina 1996.
- HERRERA PÉREZ, Alberto, *El derecho a la presunción de inocencia*, Porrúa, México 2012.
- MAIER, Julio, *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*, Vol. II, Depalma, Buenos Aires 1978.
- MORALES BRAND, José Luis Eloy, *Reforma al sistema de justicia penal en México*, Epiqueia, México 2008.
- PÉREZ PALMA, Rafael, *Fundamentos Constitucionales del procedimiento Penal*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1974.
- ZAFFARONI EUGENIO, Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Cárdenas Editor y distribuidor, México 1988.

Legislación Nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Tesis 1a. XL/2017 (10a.), de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 450, Libro 40, marzo de 2017, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2014015 bajo el rubro: «PRISIÓN PREVENTIVA. FACTORES A CONSIDERAR PARA EL ANÁLISIS DE LA RAZONABILIDAD PARA LA PROLONGACIÓN DEL PLAZO PREVISTO EN LA FRACCIÓN VIII, DEL APARTADO A, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL».

Tesis: I.3o.P.56 P (10a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la

página 2308, libro 39, febrero de 2017, Tomo III, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2013616, bajo el rubro: «MEDIDA CAUTELAR DE DETENCIÓN PREVENTIVA IMPUESTA POR UN JUEZ DE CONTROL DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO. SU DIFERENCIA CON LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD DICTADA EN SENTENCIA EJECUTORIADA».

Otras fuentes

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, «Los sistemas de enjuiciamiento Penal y sus órganos de acusación», Ponencias generales del XII congreso Mundial de Derecho Procesal, México 2013.

PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ciro BETANCOURT GARCÍA*

«Si el hombre fracasa al querer conciliar la justicia y la libertad, fracasa en todo»

Albert Camus
Carnets, 2. Cuaderno V.

SUMARIO: Introducción; **I.** La prisión preventiva; **II.** La prisión preventiva y el principio de presunción de inocencia; **III.** La prisión preventiva oficiosa; **IV.** La prisión preventiva oficiosa y las políticas de seguridad; **V.** Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a la Prisión Preventiva; Conclusión; Fuentes consultadas.

Resumen

La implementación del Sistema Procesal Penal Acusatorio trajo una modificación en la forma de imposición de la prisión preventiva como medida cautelar ante el abuso de su imposición. La exigencia constitucional que constriñe a los órganos jurisdiccionales al respeto de los derechos fundamentales, entre otros, el principio de presunción de inocencia, obliga a los órganos jurisdiccionales a un escrutinio meticuloso acorde los lineamientos legales establecidos en el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, para la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, no obstante, el legislador bajo las restricciones a los derechos humanos, previstas en el artículo 1 y 29 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, constituyó por mandato legal un régimen de excepción a la libertad

*Licenciatura en *Derecho* por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Maestría en *Derecho de Amparo* y Doctorado en Ciencias Penales por el Instituto de Ciencias Jurídicas de Estudios Superiores, Máster Internacional de *Derecho Penal, la Constitución y Derechos*, por la Universidad de Barcelona y Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), Cursos de profesionalización por el Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, entre otros. En más de 30 años de experiencia profesional se ha desempeñado en diversos cargos públicos en la Ciudad de México, en el ámbito de Administración y Procuración de Justicia, como Juez de Delitos No Graves, Secretario de Acuerdos y Ministerio Público. Actualmente Juez del Sistema Procesal Penal Acusatorio de la Ciudad de México.

personal, dando vida jurídica a la llamada prisión preventiva oficiosa en determinados delitos previstos en el artículo 19 de nuestra Carta Magna, la cual bajo la óptica de ponderación de derechos fundamentales invade la esfera jurisdiccional en la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva.

Introducción

Las medidas cautelares, según la enciclopedia jurídica mexicana, son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso¹.

Toda medida cautelar en el procedimiento penal acusatorio, para su imposición, debe de cumplir con alguna de las *finalidades, requisitos y criterios*, siendo las —**finalidades**—: Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento; Garantizar la seguridad de la víctima u ofendido, testigo o comunidad; y Evitar la obstaculización del proceso; los —**requisitos a cumplir**—: Deberá mediar petición del Ministerio Público, de la víctima u ofendido y Que se haya vinculado a proceso al imputado; y los —**criterios** a observar—: el de la

mínima intervención, la idoneidad y proporcionalidad de la medida, evaluación del riesgo, debe ser la menos lesiva para el imputado².

Dentro de estas medidas cautelares en los procedimientos penales del sistema acusatorio, se encuentra la prisión preventiva, la cual puede imponerse a petición de parte (exclusivamente del Ministerio Público) o de oficio por el juzgador.

La prisión preventiva ha sido muy criticada por los especialistas en la materia y por los organismos internacionales de derechos humanos, porque con dicha medida cautelar se vulnera el principio de presunción de inocencia, disminuye el derecho a una adecuada defensa, permite la aplicación de una pena anticipada, entre otros.

En lo que se refiere a la prisión preventiva a petición de parte (llamada también justificada), debe aplicarse siguiendo alguna de las finalidades mencionadas, observando los criterios referidos, pero además el Ministerio Público debe aportar datos suficientes y dar argumentos convincentes al juzgador para justificar la necesidad de la cautela y que la imposición de otras medidas (cautelares) no son idóneas para el fin que se persigue.

Por lo que respecta a la prisión preventiva oficiosa, el legislador

¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Enciclopedia jurídica mexicana*, Tomo V, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2018, p. 51.

² Véase los artículos 153, 154, y 156 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*.

(constitucional y secundario) asume la tarea del juzgador y determina un catálogo de delitos (muy extenso, por cierto), obedeciendo más a una política criminal con la falsa apreciación del poder político, que los problemas de delincuencia e inseguridad que sufren los Estados disminuirían en gran manera con la mayor utilización de la prisión preventiva; cuando de los estudios realizados por los organismos internacionales de derechos humanos, en las diversas regiones, con base en las estadísticas de cada estado, se desprende que esto no es así, y que con la promoción desmedida de la prisión preventiva, evade su responsabilidad el poder político, de adoptar otras de índole preventivas y sociales, toda vez que los problemas de delincuencia e inseguridad es multifactorial y que con el aumento de la prisión preventiva, de manera alguna disminuyen dicha problemática.

Ante gran problemática de la aplicación de la prisión preventiva oficiosa, este trabajo va enfocado a que la imposición de dicha medida cautelar, debe aplicarse por el juzgador, con base, no a un catálogo de delitos determinado por el legislador, sino de manera excepcional en cada caso en particular, con información suficiente del Ministerio Público, que se encuentre respaldada con los datos de prueba que obren en la carpeta de investigación, para así establecer la

necesidad de la cautela y que las otras medidas cautelares no serían idóneas para el fin que se persigue.

I. La prisión preventiva

La Comisión Interamericana entiende por prisión o detención preventiva todo el periodo de privación de la libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previo a una sentencia firme.

En nuestro sistema jurídico penal, desde décadas anteriores, en las Constituciones de 1857 y 1917, ha existido la prisión preventiva oficiosa, a partir de las reformas constitucionales de 1993, se estableció en el artículo 20, el criterio de gravedad del delito para la aplicación de la prisión preventiva, dejando a voluntad de las legislaciones federales y locales, la determinación de delitos considerados como graves y para ubicarlos en dicho concepto se incrementaron considerablemente las penas aplicables a diversos ilícitos, resultando una desmedida aplicación de la prisión preventiva en este tipo de delitos(graves), esto es aquellos cuya pena media aritmética (suma de la pena menor, más pena mayor, dividida entre dos) no excedía de los cinco años de prisión, imposibilitando a los procesados (imputados) obtener su libertad en tanto se llevaba el procedimiento, permaneciendo en prisión preventiva un tiempo bastante considerable. Lo anterior también acontecía con los delitos no

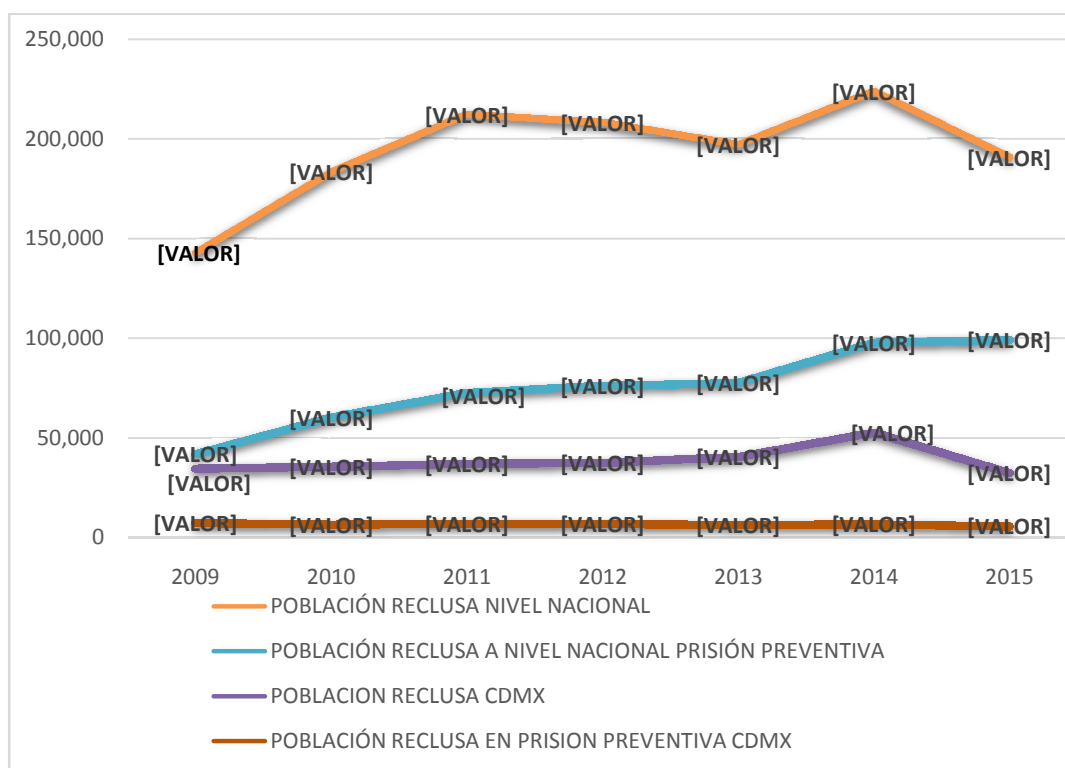
considerados como graves, ya que al dictarse un auto de plazo constitucional (denominado de formal prisión), los probables responsables (imputados) sí tenían derecho a la libertad provisional bajo caución, ello, previa garantía económica que exhibieran, castigando a la gente sin recursos económicos, llevando su procedimiento interno en prisión preventiva.

«Ante gran problemática de la aplicación de la prisión preventiva oficiosa, este trabajo va enfocado a que la imposición de dicha medida cautelar, debe aplicarse por el juzgador, con base, no a un catálogo de delitos determinado por el legislador, sino de manera excepcional en cada caso en particular, con información suficiente del Ministerio Público, que se encuentre respaldada con los datos de prueba que obren en la carpeta de investigación, para así establecer la necesidad de la cautela y que las otras medidas cautelares no serían idóneas para el fin que se persigue.»

Lo anterior se refleja según los datos recabados de los años 2009-2015, por el Instituto Nacional de Geografía y Estadística, en los documentos Encuesta Nacional de Gobierno, (2010)³ y Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales (2011-2016)⁴, donde se aprecia que la población reclusa en etapa de sentencia (primera instancia) a nivel nacional fluctuó del 29% hasta el 52% es decir, un aumento gradual de internos en prisión preventiva.

³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI 2010), *Encuesta Nacional de Gobierno*, México 2010, disponible en: [<http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/eng2010/>], consultada en: 2017-07-03.

⁴ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI 2011-2016), *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales*; México 2011-2016, información disponible en: [<http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/cngspspe/2011/>]; [<http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/cngspspe/2012/>]; [<http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/cngspspe/2013/>]; [<http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/cngspspe/2014/>]; [<http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/cngspspe/2015/>]; [<http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/cngspspe/2016/>], consultadas en 2017-07-03.



FUENTE: Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI, 2010-2016).



⁵ En concepto del INEGI, el rubro de Población Reclusa identifica a la población que se encuentra en proceso de recibir sentencia (en proceso de primera instancia) o que se encuentra cumpliendo su pena de prisión derivada de una sentencia condenatoria (sentenciados, en proceso de segunda instancia o en cumplimiento de sentencia ejecutoriada).

A partir de las reformas Constitucionales de 2008 y 2011⁶, con la implementación del Sistema Procesal Penal Acusatorio y el reconocimiento a nivel Constitucional de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, en materia de procuración y administración de justicia, si bien es cierto, es un gran avance y resulta ser muy garantista, subsiste la prisión preventiva (a petición del Ministerio Público o justificada), cuando acredite el Ministerio Público la necesidad de cautela, para los fines previamente establecidos —Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento; Garantizar la seguridad de la víctima u ofendido, testigo o comunidad y, Evitar la obstaculización del proceso—, persistiendo de igual forma la prisión preventiva oficiosa, en donde, sin importar la necesidad de la cautela, ni los fines que persigue dicha medida cautelar y sin previo debate de las partes, el Juez de Control, tratándose de los delitos cuyo catálogo se encuentra inmerso en el artículo 19 párrafo segundo de nuestra Carta Magna y que retoma el párrafo tercero

⁶ Para mayor información véase las reformas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas el 18 de junio de 2008, donde se recoge el sistema procesal penal acusatorio y aquellas en materia de Derechos Humanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en vigor desde el 11 del mismo mes y año.

del artículo 167 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, necesariamente aplica la prisión preventiva.

Lo anterior conlleva a un excesivo abuso de la prisión preventiva en las cárceles de México, a tal grado que, «al cierre del 2015, existía una población de 250,539 internos, los cuales 104,304 no habían recibido condena, es decir en Prisión Preventiva», tal como lo señala BELTRÁN⁷, como se citó en GARCÍA MORENO⁸, lo que implica una «alerta por el abuso en México de la prisión preventiva», según la revista proceso del 29 de marzo del 2017, al referir «La Organización Asistencia Legal por los Derechos Humanos (Asilegal) denunció que en México la prisión

⁷ BELTRÁN, M. «Proposición con punto de acuerdo para exhortar respetuosamente y con pleno apego a la división de poderes, para que la Secretaría de Gobernación la implemente de forma urgente una mesa de diálogo permanente que defina el rumbo y diseño de una estrategia integral para el sistema penitenciario nacional», Gaceta Parlamentaria Senado, número 9, tomo III, Mayo 30, México 2017, p. 855, disponible en: [\[http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2017-05-30-1/assets/documentos/gaceta3.pdf\]](http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2017-05-30-1/assets/documentos/gaceta3.pdf), consultada en: 2017-07-01.

⁸ GARCÍA MORENO, Juan Pablo, «Las Fallas del Sistema Penitenciario», *Revista Nexos*, México, Marzo 2016, disponible en: [\[http://www.nexos.com.mx/?p=27750\]](http://www.nexos.com.mx/?p=27750), consultado en 2017-07-10.

preventiva se usa de manera abusiva, tomando en cuenta que 38.14% (82 mil 706) de las personas que se encuentran privadas de la libertad no cuentan con una sentencia que acredite su inocencia o culpabilidad»⁹.

«La mayor crítica sobre la imposición de la prisión preventiva se basa en que vulnera el principio de presunción de inocencia, ya que no puede considerarse a una persona inocente, si se le priva de su libertad durante el proceso bajo la figura de la prisión preventiva, llevando consigo graves consecuencias, tanto personales, como familiares y procesales.»

⁹ NOTA DE LA REDACCIÓN, «Alertan por abuso en México de la prisión preventiva», *Revista Proceso*, México, Julio 2017, disponible en: [<http://www.proceso.com.mx/480049/alertan-abuso-en-mexico-la-prision-preventiva>], consultada en 2017-07-10.

II. La prisión preventiva y el principio de presunción de inocencia

La presunción de inocencia es un derecho humano previsto en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículo 11.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 14.2), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Artículo XXVI) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 8.2), el cual consiste en que toda persona sujeta a un procedimiento, como imputado o acusado debe ser considerado y tratado como inocente, mientras no se determine su plena culpabilidad penal mediante una sentencia que haya causado ejecutoria.

La mayor crítica sobre la imposición de la prisión preventiva se basa en que vulnera el principio de presunción de inocencia, ya que no puede considerarse a una persona inocente, si se le priva de su libertad durante el proceso bajo la figura de la prisión preventiva, llevando consigo graves consecuencias, tanto personales, como familiares y procesales.

Como regla general la presunción de inocencia implica que toda persona imputada o acusada debe llevar su proceso estando en libertad y que, como todo derecho humano, de manera excepcional podrá ser privado de su libertad previo a una sentencia, en los casos estrictamente necesarios (principio de

excepcionalidad) y que acorde al principio *pro homine*, la restricción de este principio (presunción de inocencia) debe de interpretarse de manera restrictiva, cuando el derecho humano se encuentra limitado; por lo que, para la imposición de una prisión preventiva por parte del Juez de Control, sólo deberá imponerla cuando, con base en datos aportados en la audiencia, justifiquen su imposición, con la finalidad de asegurar la presencia del imputado o acusado en el procedimiento; garantizar la seguridad de la víctima u ofendido, testigo o comunidad; o evitar la obstaculización del proceso, sin embargo, existen diversos criterios emitidos por los Tribunales Federales en los cuales se establece que la prisión preventiva no vulnera derechos fundamentales ni el principio de presunción de inocencia previstos en los tratados internacionales, de los cuales me permito citar los siguientes: PRISIÓN PREVENTIVA. NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA¹⁰ y PRISIÓN PREVENTIVA. SU

¹⁰ Tesis: 1a. CXXXV/2012 (10a.) de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 493, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2001432 bajo el rubro: PRISIÓN PREVENTIVA. NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

REGULACIÓN EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS¹¹.

III. La prisión preventiva oficiosa

En lo tocante a la prisión preventiva oficiosa, encuentra su fundamento en el artículo 19 párrafo segundo¹² de nuestra *Constitución Política de los*

¹¹ Tesis: XXII.1o.23P, de la Novena Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 2028, Julio de 2009, Tomo XXX, del SJF y su Gaceta, el número de registro 166872, bajo el rubro: PRISIÓN PREVENTIVA. SU REGULACIÓN EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

¹² Artículo 19 párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: 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.

Estados Unidos Mexicanos y 167 párrafo tercero¹³, del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, en los cuales se establece un régimen de excepcionalidad parcial de la aplicación de la prisión preventiva, desarrollando los parámetros para acreditar su necesidad y establece un catálogo de delitos para prisión preventiva oficiosa, haciendo algunas remisiones a las leyes especiales en la materia, como lo es el caso de las leyes generales de secuestro, trata de personas, ley en materia de delincuencia organizada, ley general de salud y el Código Penal Federal con un extenso catálogo de delitos, señalando igualmente que dicha medida cautelar será aplicable también a delitos cometidos por medios violentos, abriendo un abanico jurídico en el que pueden encuadrar múltiples delitos bajo esta figura atendiendo a los medios utilizados para cometerlos.

Como se ha mencionado en líneas anteriores, para la imposición

¹³ Artículo 167 párrafo tercero del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, que señala «El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud».

de la medida cautelar de prisión preventiva a petición del Ministerio Público (o también llamada justificada), la representación social deberá observar la finalidad o finalidades que persigue al solicitar su imposición, esto es, de asegurar la presencia del imputado o acusado en el procedimiento; garantizar la seguridad de la víctima u ofendido, testigo o comunidad; o evitar la obstaculización del proceso; además de exponer los datos en audiencia y que obren en la carpeta de investigación que justifiquen dicha imposición, lo que no acontece en la prisión preventiva oficiosa, en la cual, sin debate previo de las partes, el juzgador de manera oficiosa la impone, si el ilícito materia de imputación, se encuentra dentro del catálogo de delitos considerados por el legislador constitucional o secundario, como aquellos que deba imponerse la medida cautelar.

Lo anterior es muy criticado en el ámbito Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que ¿a quién corresponde imponer la medida cautelar? y ¿en qué casos debe aplicarse?

En lo que se refiere al primer supuesto, es bien sabido que al Juez de Control le corresponde la función de imponer las medidas cautelares (dentro de las que se encuentra la prisión preventiva), por lo que dicha tarea jurisdiccional no debe ser subrogada por el poder legislativo, esto es, no corresponde al legislador

Constitucional o Local, el establecer en que delitos se debe necesariamente, imponer la medida cautelar de la prisión preventiva, ya que al hacerlo, invade funciones jurisdiccionales y vulnera el principio de presunción de inocencia, siendo la autoridad jurisdiccional (juez de control) al que corresponde establecer, en qué casos en particular, se debe imponer la medida cautelar de prisión preventiva, atendiendo a los fines que se persiguen y a la necesidad de la cautela.

En el segundo supuesto, el legislador al establecer un catálogo de delitos, que a su parecer merecen la imposición de la medida cautelar de la prisión preventiva a quienes se encuentren procesados por dichos ilícitos, implica un retroceso en el derecho humano de presunción de inocencia, volviendo a inmiscuirse el legislador en las funciones propias del órgano jurisdiccional, ya que en el sistema tradicional (inquisitivo), el legislador para que se impusiera la prisión preventiva a los procesados por determinados delitos considerados como graves (atendiendo a aquellos cuyo término medio aritmético de la pena de prisión, excedían de cinco años), aumentó las penalidades de diversos ilícitos, para que fuesen considerados como tales, y así obligar al juzgador a imponer la prisión preventiva a quienes se encontraban procesados por dichos delitos, reiterando lo anterior (el legislador) en el sistema acusatorio, al determinar un catálogo de delitos en los cuales se

debe aplicar la prisión preventiva oficiosamente, el cual pretenden sea aumentado, vulnerando el principio de presunción de inocencia y excepcionalidad.

«...para la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva a petición del Ministerio Público (o también llamada justificada), la representación social deberá observar la finalidad o finalidades que persigue al solicitar su imposición, esto es, de asegurar la presencia del imputado o acusado en el procedimiento; garantizar la seguridad de la víctima u ofendido, testigo o comunidad; o evitar la obstaculización del proceso; además de exponer los datos en audiencia y que obren en la carpeta de investigación que justifiquen dicha imposición, lo que no acontece en la prisión preventiva oficiosa, en la cual, sin debate previo de las partes, el juzgador de manera oficiosa la impone, si el ilícito materia de imputación, se encuentra dentro del catálogo de delitos considerados por el legislador constitucional o secundario, como aquellos que deba imponerse la medida cautelar.»

El principio de excepcionalidad en la privación preventiva de la libertad, implica que sólo en casos excepcionales se debe privar de la libertad a un procesado por un delito, porque la regla general es que todas las personas sujetas a un procedimiento penal deben de estar en libertad, por lo tanto, al establecer el legislador un catálogo de delitos que ameriten privación preventiva de la libertad, vulnera el principio de excepcionalidad de dicha medida cautelar, lo anterior porque tanto en la Constitución (Artículo 19 párrafo segundo) y el *Código Nacional de Procedimientos Penales* (Artículo 167 párrafo tercero), son muchos los delitos que integran el catálogo referido (dejando de ser una excepción), y deja entrever con lo anterior, que el legislador no observa el principio de excepcionalidad en la restricción preventiva de la libertad de los procesados.

Lo anterior se corrobora, no solo al establecer un catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, sino que además deja al legislador secundario, que determinen en que otros supuestos ameritan dicha medida cautelar (ley en materia de delincuencia organizada, Ley General de Salud y el -Código Penal Federal el cual ya cuenta con un extenso catálogo de delitos); y más aún—aparte de lo anterior— al establecer también que procede la multicitada medida cautelar (prisión preventiva), en los

delitos cometidos por medios violentos como armas y explosivos, al referirse como armas y explosivos dicho precepto es ejemplificativo, no limitativo, lo cual implica que varios delitos, no considerados en tan extenso catálogo, si son cometidos por medios violentos, también debería imponerse al procesado la prisión preventiva oficiosa, vulnerando con lo anterior el referido principio de excepcionalidad, al ser un sinnúmero de delitos que encuadrarían en dichos preceptos.

IV. La prisión preventiva oficiosa y las políticas de seguridad

Los problemas de inseguridad pública y de la criminalidad que imperan en nuestro país, han llevado a ejercer presión en el poder político, para el efecto de proponer diversas reformas (Constitucionales, penales y procesales) con el objetivo de aumentar el número de delitos que ameriten la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa (lo cual vulnera el principio de excepcionalidad), pensando que con ello se disminuiría la criminalidad y se tendría mayor seguridad pública, cuando es bien sabido que esto no acontece.

Algunos otros afirman que el Sistema Procesal Penal Acusatorio que hoy impera en todo el país, al ser muy garantista, permite que personas que están siendo procesadas se encuentren en libertad (con base al principio de presunción de inocencia)

y que por ello, se han incrementado en gran medida los índices de criminalidad que prevalece en nuestro país, olvidándose por completo que la inseguridad pública, en relación a sus causas es multifactorial, esto es, obedece a diversos factores, como lo son la implementación de medidas preventivas, realizando programas de educación, empleo, salud pública, programas destinados a personas y grupos vulnerables frente a la violencia y al delito, entre otros, pero no resulta atinado el que se trasmita a la población que la implementación del Sistema Procesal Penal Acusatorio, trae como consecuencia el incremento de la criminalidad en nuestro país, y que sólo manteniendo en prisión preventiva a mayor número de personas sujetas a un procedimiento penal, se aminora la criminalidad en nuestro Estado Mexicano, surgiendo presiones políticas para que los legisladores reformen diversas leyes aumentando el catálogo de delitos que ameriten la prisión preventiva oficiosa, aumentando las penas a diversos delitos y fomentando un mayor uso de encarcelamiento de personas procesadas (prisioneros sin condena), dejando de aplicar otras medidas cautelares diversas de la prisión preventiva, dejando de observar el principio de la *última ratio*, el cual indica que solo se puede imponer la prisión preventiva, ante la imposibilidad de imponer alguna otra

medida para la finalidad que se persigue, como lo son asegurar la presencia del imputado o acusado en el procedimiento; garantizar la seguridad de la víctima u ofendido, testigo o comunidad; o evitar la obstaculización del proceso.

Respecto de dicha problemática, basta ver diversos estudios realizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, basados en las estadísticas proporcionadas por los mismos Estados parte como lo son «El uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas», informe presentado en el 146° periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del 1° de noviembre del 2012, en donde se afirma en relación a la prisión preventiva:

Este fenómeno está íntimamente ligado a la forma en que se gestiona el problema de la inseguridad en los distintos contextos locales, con gravísimas consecuencias para los derechos de las personas privadas de libertad.

En los últimos años es posible advertir en los países de la región, que tanto en el ámbito nacional como local se promueven en forma cíclica políticas que buscan *aumentar el uso de esta medida cautelar*, para dar respuesta a las *demandas sociales de seguridad*. En este sentido es habitual la promoción de reformas al Código Penal/Código Procesal Penal que buscan *aumentar el mínimo penal* de

determinados delitos para volverlos "no excarcelables". Como resultado, se consolidan sistemas penales que con poca prueba y menospreciando las garantías individuales, aplican la prisión preventiva en forma automática para ciertos delitos.

De este modo, se observa una clara violación de los estándares internacionales de derechos humanos respecto del resguardo del debido proceso y las garantías, y en cuanto a los presupuestos que justifican la prisión preventiva y que deben ser valorados por el juez en el caso concreto. Respecto del sistema general, este contexto redundante en el aumento de la población detenida (incrementando la cantidad total de detenidos y la tasa de encarcelamiento), la sobrecarga a sistemas carcelarios superpoblados, el incremento de la violencia y el agravamiento de las condiciones de detención. Estas iniciativas muchas veces son contrarreformas para revertir avances logrados en procesos de adecuación de la normativa procesal penal para establecer el modelo acusatorio y racionalizar el uso de la prisión preventiva¹⁴.

¹⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas*, OEA – CIDH, Washington, D.C. 2013, pp. 7-8, disponible en: [\[http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_sobre_el_uso_abusivo_de_la_prison_preventiva_en_las_americas.docx.pdf\]](http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_sobre_el_uso_abusivo_de_la_prison_preventiva_en_las_americas.docx.pdf), consultada en: 2017-07-10.

De igual forma, el «Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas» aprobado el 30 de diciembre del 2013, menciona:

Asimismo, ha encontrado como factores que inciden en el uso no excepcional de la prisión preventiva: *las políticas criminales* que con distinta denominación y mecanismos plantean la flexibilización y mayor uso de la privación de libertad como *vía de solución al fenómeno de la delincuencia*.

Las políticas criminales que proponen mayores niveles de encarcelamiento como solución a los problemas de seguridad.

La Comisión Interamericana ha observado como una tendencia generalizada en la región el que muchos Estados han planteado como respuesta a *los desafíos de la seguridad ciudadana, o al reclamo de la sociedad, medidas legislativas e institucionales que consisten fundamentalmente en un mayor uso del encarcelamiento de personas como solución al problema*. Estas reformas legales, que a lo largo de la última década han venido replicándose en los distintos Estados de la región, están orientadas a restringir o limitar las garantías legales aplicables a la detención de personas; potenciar la aplicación de la prisión preventiva; aumentar las penas y ampliar el catálogo de delitos punibles con pena de prisión; abstenerse de establecer medidas alternativas a la prisión y

restringir el acceso o la posibilidad de concesión de determinadas figuras legales propias del proceso de ejecución de la pena en las que el recluso progresivamente va ganando espacios de libertad.

Por lo general, *este tipo de reformas* no se han venido dando como resultado de una reflexión científica y un debate serio e inclusivo acerca de su pertinencia, viabilidad y consecuencias, sino que en muchos casos se han dado como reacción inmediata a situaciones coyunturales en las que se dio una presión social y mediática frente a la inseguridad en general o en atención a determinados hechos concretos; como parte de un discurso populista dirigido a sacar réditos políticos de la percepción subjetiva de la criminalidad; y en algunos casos como respuesta a intereses concretos de algunos sectores económicos. Estas iniciativas muchas veces revierten los avances logrados en procesos de adecuación de la normativa en los que, entre otros avances, se fortaleció el sistema de garantías procesales y se procuró racionalizar el uso de la prisión preventiva¹⁵.

«En los últimos años es posible advertir en los países de la región, que tanto en el ámbito nacional como local se promueven en forma cíclica políticas que buscan aumentar el uso de esta medida cautelar, para dar respuesta a las demandas sociales de seguridad. En este sentido es habitual la promoción de reformas al Código Penal/Código Procesal Penal que buscan aumentar el mínimo penal de determinados delitos para volverlos "no excarcelables". Como resultado, se consolidan sistemas penales que con poca prueba y menospreciando las garantías individuales, aplican la prisión preventiva en forma automática para ciertos delitos.»

¹⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA – CIDH, Washington, D.C. 2013, pp. 34-35, disponible en: [\http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informe

<s/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>], consultada en: 2017-07-10.

V. Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a la prisión preventiva

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes emitidos en «El uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas», informe presentado en el 146° periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 1° de noviembre del 2012, así como en el «Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas» aprobado el 30 de diciembre del 2013, han emitido diversas recomendaciones a los Estados parte en lo que se refiere al uso excesivo de la *prisión preventiva*, *principio de presunción de inocencia*, *principio de necesidad y excepcionalidad*, establece lo siguiente:

A.-De carácter general, relativas a políticas del Estado.

1. Los Estados deben adoptarlas medidas judiciales, legislativas, administrativas y de otra índole requeridas para corregir la excesiva aplicación de la prisión preventiva, garantizando que esta medida sea de carácter excepcional y se encuentre limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad; evitando así su uso arbitrario, innecesario y desproporcionado. Estos principios deberán guiar siempre la actuación de las autoridades judiciales, con independencia del modelo de sistema penal adoptado por el

Estado.

2. Intensificar esfuerzos y asumir la voluntad política necesaria para erradicar el uso de la prisión preventiva como herramienta de control social o como forma de pena anticipada; y para asegurar que su uso sea realmente excepcional. En este sentido, es esencial que se envíe desde los niveles más altos del Estado y la administración de justicia un mensaje institucional de respaldo al uso racional de la prisión preventiva y al respeto del derecho presunción de inocencia.

3. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos exhorta a las autoridades a aplicar la prisión preventiva con un criterio eminentemente excepcional, haciendo uso de otras medidas cautelares no privativas de la libertad. En este sentido, se exhorta a los Estados a elaborar planes estratégicos de capacitación y sensibilización de las autoridades judiciales y de aquellas encargadas de las investigaciones penales acerca de la excepcionalidad de prisión preventiva, el uso de medidas cautelares no privativas de la libertad, y otros estándares internacionales y constitucionales aplicables a la materia. Pero, sobre todo, insta a los Estados a promover un verdadero cambio de paradigma en la concepción de la procedencia y necesidad de la prisión preventiva en la cultura y

práctica judicial¹⁶.

«La Comisión Interamericana de Derechos Humanos exhorta a las autoridades a aplicar la prisión preventiva con un criterio eminentemente excepcional, haciendo uso de otras medidas cautelares no privativas de la libertad. En este sentido, se exhorta a los Estados a elaborar planes estratégicos de capacitación y sensibilización de las autoridades judiciales y de aquellas encargadas de las investigaciones penales acerca de la excepcionalidad de prisión preventiva, el uso de medidas cautelares no privativas de la libertad, y otros estándares internacionales y constitucionales aplicables a la materia. Pero, sobre todo, insta a los Estados a promover un verdadero cambio de paradigma en la concepción de la procedencia y necesidad de la prisión preventiva en la cultura y práctica judicial.»

¹⁶ *Ibidem*, p.121.

En lo tocante a la *prisión preventiva* con el fenómeno de la seguridad ciudadana la Comisión se pronuncia:

Analizar el impacto real del uso excesivo de la prisión preventiva sobre el fenómeno de delincuencia. En base a esa información, reorientar las políticas públicas, incorporando el uso excepcional de la prisión preventiva como un eje de las políticas criminales y de seguridad ciudadana y evitar respuestas de endurecimiento de los sistemas penales que repercutan en la restricción de la libertad durante el proceso penal ante demandas de seguridad ciudadana¹⁷.

Dichas recomendaciones, también se pronuncian sobre la imposición de la *prisión preventiva oficiosa*, atendiendo a un catálogo de delitos determinados por el legislador que ameriten dicha imposición, siendo las siguientes:

Marco legal y aplicación de la prisión preventiva.

Toda disposición que ordene la aplicación obligatoria de la prisión preventiva por el tipo de delito deberá ser derogada.

Las autoridades judiciales competentes deberán adoptar las decisiones en las que se ordena la aplicación de prisión preventiva a una persona luego de un análisis exhaustivo, y no meramente

¹⁷ *Ibidem*, inciso A, punto 4, p. 121.

formal, de cada caso, de acuerdo con los estándares internacionales aplicables desarrollados en el presente informe. La resolución que imponga la prisión preventiva deberá individualizar al imputado, enunciar los hechos que se le atribuyen, su calificación legal, expresar las circunstancias que dan fundamento a la medida y fijar el plazo por el cual se establece, determinándose claramente la fecha de vencimiento de dicho plazo¹⁸.

«En la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, al ser una función jurisdiccional, no debe existir intromisión del poder legislativo para establecer un catálogo de delitos que ameriten prisión preventiva oficiosa, ya que el juzgador (al ser su función) deberá, en cada caso en particular, con la información proporcionada y previo debate de las partes en audiencia, establecer su procedencia.»

¹⁸ *Ibidem*, letra C, punto 1, p. 124.

Conclusiones

Primera. La imposición de una medida cautelar en el Procedimiento Penal Acusatorio, debe obedecer a ciertas finalidades: Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento; Garantizar la seguridad de la víctima u ofendido, testigo o comunidad; y Evitar la obstaculización del proceso; observar ciertos criterios: el de la mínima intervención, la idoneidad y proporcionalidad de la medida, evaluación del riesgo de fuga, la necesidad de la medida y debe ser la menos lesiva para el imputado, e ir acordes con los Derechos Humanos establecidos en los Tratados Internacionales: principio de presunción de inocencia, principio de excepcionalidad.

Segunda. Por regla general, toda persona procesada penalmente debe estar en libertad —*principio de presunción de inocencia*— y para la imposición de la medida cautelar de la *prisión preventiva*, se debe observar el *principio de excepcionalidad*, estableciendo que otras medidas cautelares son insuficientes para la finalidad que se persigue y que existe la necesidad de la cautela —*principio de la última ratio*—.

Tercera. La imposición de la medida cautelar de la prisión preventiva es función exclusiva del órgano jurisdiccional (Juez de Control), quien deberá imponerla atendiendo a las finalidades y criterios anteriormente mencionados,

tomando en cuenta los datos aportados por el Ministerio Público, Asesor Jurídico y Defensa, así como la necesidad de la cautela, acreditando que otras medidas no son suficientes para la finalidad que se persigue.

Cuarta. En la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, al ser una función jurisdiccional, no debe existir intromisión del poder legislativo para establecer un catálogo de delitos que ameriten prisión preventiva oficiosa, ya que el juzgador (al ser su función) deberá, en cada caso en particular, con la información proporcionada y previo debate de las partes en audiencia, establecer su procedencia.

Quinta. Al ser la prisión preventiva, la excepción al principio de presunción de inocencia, el Estado debe dejar de fomentar el abuso desmedido de la prisión preventiva, con la falsa idea de que con dicha figura disminuirá la delincuencia.

Sexta. Los problemas de seguridad pública no se solucionan con la imposición desmedida de la prisión preventiva, sino que, al ser un problema multifactorial, para contrarrestar dicha problemática se deben implementar medidas preventivas del delito, realizando programas de educación, empleo, salud pública, otros destinados a personas y grupos vulnerables frente a la violencia y al delito, entre otras.

Séptima. La implementación del Sistema Procesal Penal Acusatorio, no trae como consecuencia el incremento

de la criminalidad, ya que la misma se debe a diversos factores de los que el Estado debe hacerse cargo.

Fuentes consultadas

Bibliografía

BELTRÁN, M. «Proposición con punto de acuerdo para exhortar respetuosamente y con pleno apego a la división de poderes, para que la Secretaría de Gobernación la implemente de forma urgente una mesa de diálogo permanente que defina el rumbo y diseño de una estrategia integral para el sistema penitenciario nacional», Gaceta Parlamentaria Senado, número 9, tomo III, Mayo 30, México 2017, p. 855, disponible en:

[<http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2017-05-30-1/assets/documentos/gaceta3.pdf>], consultada en: 2017-07-01.

GARCÍA MORENO, Juan Pablo, «Las Fallas del Sistema Penitenciario», *Revista Nexos*, México, Marzo 2016, disponible en:

[<http://www.nexos.com.mx/?p=27750>], consultado en 2017-07-10.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas*, OEA – CIDH, Washington, D.C. 2013, disponible en:

[<http://www.dplf.org/sites/default>

[lt/files/informe sobre el uso abusivo de la prision preventiva en las americas.docx.pdf](http://files/informe_sobre_el_uso_abusivo_de_la_prision_preventiva_en_las_americas.docx.pdf)], consultada en: 2017-07-10.

_____, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA – CIDH, Washington, D.C. 2013, disponible en: [\[http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf\]](http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf), consultada en: 2017-07-10.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Enciclopedia jurídica mexicana*, Tomo V, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2018.

NOTA DE LA REDACCIÓN, «Alertan por abuso en México de la prisión preventiva», *Revista Proceso*, México, Julio 2017, disponible en: [\[http://www.proceso.com.mx/480049/alertan-abuso-en-mexico-la-prision-preventiva\]](http://www.proceso.com.mx/480049/alertan-abuso-en-mexico-la-prision-preventiva), consultada en 2017-07-10.

Legislación Nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Tesis: 1a. CXXXV/2012 (10a.) de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 493, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, del SJF y su Gaceta, el número de

registro 2001432 bajo el rubro: PRISIÓN PREVENTIVA. NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Tesis: XXII.1o.23P, de la Novena Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 2028, Julio de 2009, Tomo XXX, del SJF y su Gaceta, el número de registro 166872, bajo el rubro: PRISIÓN PREVENTIVA. SU REGULACIÓN EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Recursos electrónicos

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI 2010), *Encuesta Nacional de Gobierno*, México 2010, disponible en: [\[http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/eng2010/\]](http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/eng2010/), consultada en: 2017-07-03.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI 2011), *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales*; México 2011, disponible en: [\[http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/cngspspe/2011/\]](http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/cngspspe/2011/), consultada en: 201-07-03.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI 2012), *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales*; México 2012, disponible en:

[<http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/cngspspe/2012/>], consultada en: 201-07-03.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI 2013), *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales*; México 2013, disponible en: [<http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/cngspspe/2013/>], consultada en: 201-07-03.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI 2014), *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales*; México 2014, disponible en: [<http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/cngspspe/2014/>], consultada en: 201-07-03.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI 2015), *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales*; México 2015, disponible en: [<http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/cngspspe/2015/>], consultada en: 201-07-03.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI 2015), *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales*; México 2015, disponible en:

[<http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/cngspspe/2016/>], consultada en: 201-07-03.

LA ESPECIALIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DE JUSTICIA JUVENIL

Sadot Javier ANDRADE MARTÍNEZ*

SUMARIO: Introducción; I. Ley Nacional de Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes; II. Incidencias sobre omisiones o inconsistencias legales; Fuentes consultadas.

Resumen

El 18 de junio del 2016, entró en vigor la *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes*, evidenciando que independientemente del importante logro que representa la unificación de la normatividad vinculada a la justicia juvenil a nivel nacional, quedó demostrado, no solo el apresuramiento con que se actuó a efecto de expedir dicha legislación por los Órganos legalmente facultados para ello, sino sobre todo que no se respetó el principio de especialización a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 18 Constitucional a efecto de que quienes se abocaron a redactar la Ley Nacional de Justicia Juvenil, contaran con los conocimientos necesarios para ello o mínimamente, con asesoría de especialistas en la materia, lo que redundó en graves yerros u omisiones en dicho ordenamiento.

Introducción

Es un hecho que desde la reforma constitucional al artículo 18 en sus párrafos cuarto, quinto y sexto del 12 de diciembre del 2005, se han gestado importantes avances en el sistema de justicia juvenil, dado que incluso atendiendo a la inercia legislativa cuya tendencia era la creación de Leyes Generales o Nacionales, se culminó con la expedición del *Código Nacional de Procedimientos Penales*¹, así como de la *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes*² que son sustancialmente las disposiciones que conjuntamente con aquellas vinculadas con

* Licenciatura en *Derecho*, estudios de Especialización en *Ciencias Penales*, Maestría en *Derecho y Juicios Orales*. Igualmente, cuenta con diversos cursos Internacionales en España, Chile y Nicaragua sobre Control de Convencionalidad, Sistema Acusatorio, y Protección Jurisdiccional de Derechos de los Niños. Ha participado como conferenciante y docente en instituciones públicas y privadas y ha publicado diversos artículos. Se ha desempeñado como Director General de Control de Procesos, Juez y Magistrado Penal y actualmente es Magistrado de Justicia para Adolescentes en la Ciudad de México.

¹ Publicado en el Diario Oficial de la Federación, Segunda Sección el 5 de marzo de 2014 y reformado el 20 de junio de 2016.

² Diario Oficial de la Federación 16 de julio de 2016.

la Reforma Constitucional Penal (18 de junio de 2008), impactan de manera fundamental en la implementación del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

Así, obligado es señalar que como ha sucedido en diversas materias, dentro del Sistema de Justicia Juvenil, aunque modesta, también ha habido una innegable evolución legislativa, puesto que debe reconocerse que aun cuando se aprovechó el impulso unificador que ya se venía gestando en diversas áreas jurídicas, no fue tarea fácil consolidar la serie de criterios que campeaban, así como las múltiples visiones que se tenían sobre puntos específicos que matizaban las diversas legislaciones de la materia vigentes en los estados de la república antes de la expedición de la ley nacional, dado que dentro de una misma nación, aun cuando la pluralidad de los estados que la conforman se encuentran sometidos a las directrices de nuestro Máximo Ordenamiento Legal, se les reconoce como libres y soberanos³, y

por ende, tenían facultades para legislar en las materias de su

Del texto anterior, se desprende con meridiana claridad que cada Estado de la República, en ejercicio de su soberanía, tiene facultad de autorregulación en lo concerniente a su régimen interior, haciéndolo por medio de sus poderes locales como lo previene el artículo 41 de nuestra Carta Magna, empero es alentador el que en el caso concreto, se haya superado la antinomia referida por FERRAJOLI, quien siguiendo a BODIN en su definición de *soberanía* (*potestas legibus solutus*), incorpora dos desarrollos paralelos y opuestos, llevándonos a la reflexión de que la historia de la *soberanía interna* supone su progresiva disolución con la formación de estados democráticos y constitucionales, de lo que se desprende que ante un Estado Constitucional de derecho, se vacía el contenido real del concepto de *soberanía* en su dimensión interna, revelándose como una categoría incompatible con el derecho. Sin embargo, no limita su análisis al régimen interno de los estados, sino incluso al externo, en el concierto de naciones, evidenciando la razón del por qué en un mundo globalizado, frente a otros países, deba privar el estado de derecho frente a su concepción de nación soberana, priorizando bajo tales parámetros los derechos de los ciudadanos, FERRAJOLI, Luigi, *Más allá de la Soberanía y la Ciudadanía: un constitucionalismo global*, pp. 173-177, disponible en: [\[http://www.luisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/12504985356703728543657/isonomia09/isonomia09_10.pdf\]](http://www.luisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/12504985356703728543657/isonomia09/isonomia09_10.pdf), consultada en: 2017-07-10.

³ El artículo 40 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* dispone:

Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

competencia, pero no obstante ello, logró llegarse a un consenso de los Órganos Legislativos Federal y Locales, para el efecto de que esa facultad se trasladara exclusivamente al Congreso de la Unión como único órgano a nivel nacional para expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, de los Estados y el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, en materia de Derechos de niños, niñas y adolescentes, así como de Justicia Juvenil (Artículo 37 fracción XXIX, letra P Constitucional)⁴.

⁴ En este tenor, FERRAJOLI sostiene que la esencia del Estado de Derecho garantista en oposición al Estado liberal --- que ha llevado a un sin número de estudiosos a seguir de cerca al jurista italiano, analizando o simplemente compendiando su teoría ---, incide como es lo deseable, en superar la tradición de la primacía de lo político sobre lo jurídico, en donde el Estado de derecho garantista se propone invertir los papeles: esto es, que el derecho ya no sea más un instrumento de la política, sino al contrario, que la política sea el instrumento del derecho, sometida, en todos los casos a los vínculos normativos constitucionales. MORENO CRUZ, Rodolfo, *El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos Generales*, Edición Electrónica, disponible en: [\[http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v40n120/v40n120a6.pdf\]](http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v40n120/v40n120a6.pdf), consultada en: 2017-07-10.

«...no obstante los avances que evidentemente conlleva la expedición de una Ley Nacional en materia de Justicia Juvenil, no debe perderse de vista que uno de los aspectos de mayor importancia que sustentan la implementación del mismo y que se vincula estrechamente con aquellos que atañen a los fines del sistema, recae en lo que se conoce como “principio de especialización”, cuyo fundamento si bien radica en los aludidos párrafos cuarto, quinto y sexto del artículo 18 Constitucional, son acordes con el contenido de Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, como en su caso lo son la Convención de los Derechos del Niño, la Convención Americana de Derechos Humanos, las reglas de Beijín, Opinión Consultiva 17/02 de fecha 28 de agosto del 2002, serie A, número 17, párrafo 109, relativo a la condición jurídica y Derechos Humanos del niño, así como a criterios emitidos reiteradamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos»

En tal tesitura, la homologación legislativa de justicia juvenil a nivel nacional no es un avance que pueda menospreciarse, puesto que finalmente, por lo menos en este rubro, se reduce la “selva normativa” como con total acierto denominara ZAFFARONI al incontable número de disposiciones jurídicas que hoy por hoy se han expedido por los órganos legislativos en sus diferentes competencias y materias, desde luego precisando que en el caso que se analiza, se trata de un rubro muy específico, ya que incluso ni siquiera nos referimos a las propias de cada país, sino las de la nación mexicana, descontando las que a partir del Concierto de Naciones que se organizaron principalmente desde las conflagraciones mundiales, se han emitido Internacionalmente, puesto que con ello se logra terminar con esquemas, criterios y ópticas diversas sobre una misma materia y que como sucede con el tema que nos ocupa, se refiere a la implementación del proceso de justicia en el que se involucra a niños relacionados con hechos delictivos y que por consecuencia se verán inmersos en el Sistema de Justicia Penal Especializado que ahora se prevé legalmente en un ordenamiento unificador⁵.

⁵ Cabe advertir que la connotación de niños se utiliza en el más amplio sentido que ha sido reconocido por la Convención de los Derechos del Niño en

Consecuentemente, no obstante los avances que evidentemente conlleva la expedición de una Ley Nacional en materia de Justicia Juvenil, no debe perderse de vista que uno de los aspectos de mayor importancia que sustentan la implementación del mismo y que se vincula estrechamente con aquellos que atañen a los fines del sistema, recae en lo que se conoce como *principio de especialización*, cuyo fundamento si bien radica en los aludidos párrafos cuarto, quinto y sexto del artículo 18 Constitucional⁶,

su artículo 1º al establecer «...se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad...», Además es necesario entender, como así lo refiere Sergio GARCÍA RAMÍREZ en la Opinión Consultiva número 17, que el concepto de niño coincide con el de menor de edad y que en términos de la Convención sobre Derechos del niño se confiere un sentido jurídico preciso a la palabra “niño” que es cualquier persona menor de 18 años, por ende, al igual que el reconocido penalista y no desconociendo el derecho a la perspectiva de género, ni la diferenciación etaria de las personas adolescentes, ruego se me excuse de hacer referencia constante de “niña, niño, la adolescente o el adolescente”, por estimar que la efectivización de los derechos de género no se consiguen exclusivamente con el discurso, sino con los hechos.

⁶ Sustancialmente en su párrafo cuarto en el que específicamente se

son acordes con el contenido de Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, como en su caso lo son la Convención de los Derechos del Niño⁷, la Convención Americana de Derechos Humanos⁸, las reglas de Beijín⁹, Opinión Consultiva 17/02 de fecha 28 de agosto del 2002, serie A, número 17, párrafo 109, relativo a la condición jurídica y Derechos Humanos del niño, así como a criterios emitidos reiteradamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰.

refiere a que la operación del sistema en cada orden de Gobierno, estará a cargo de Instituciones, Tribunales y Autoridades Especializados.

⁷ Artículo 40.3, que prevé promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido leyes penales.

⁸ En su artículo 5.5 impone el establecimiento de un sistema especializado de justicia en tratándose de menores de edad en conflicto con la ley.

⁹ Reglas 6.3 y 22, relativo a la necesidad de personal especializado y capacitado.

¹⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el informe de su comisión de justicia juvenil y Derechos Humanos en las Américas del 2011, se pronuncia por el establecimiento de Órganos Especializados como consecuencia de atender de forma diferenciada y especifica las cuestiones

I. Ley Nacional de Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes

Sin lugar a dudas queda evidenciado que existe debido sustento jurídico de que el Sistema de Justicia Juvenil requiere sustantivamente de la especialización, incluso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que este principio debe entenderse en tres vertientes¹¹, relativos a:

1. Organización de trabajo (especialización orgánica);
2. Asignación de competencias;
3. Perfil de funcionario.

De ahí que, aun cuando la Suprema Corte de forma puntual razona que lo apropiado es verificar que se atienda al conjunto de tales formas de especialización, si bien resulta evidente que la concerniente al perfil del funcionario se resalta en cuanto a su importancia, dado que serán los operadores quienes de

referentes a los niños y en particular, las relacionadas con conductas ilícitas.

¹¹ Jurisprudencia P./J. 63/2008, de la Novena Época, sostenida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 619, Tomo XXVIII, septiembre de 2008, del SJF y su Gaceta, el número de registro 168773, bajo el rubro: SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES, EL TÉRMINO “ESPECIALIZADOS” UTILIZADO EN EL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN SE REFIERE AL PERFIL DEL FUNCIONARIO Y A LA COMPETENCIA LEGAL EXPRESA DEL ÓRGANO PERTENECIENTE A ESE SISTEMA.

forma concreta tengan contacto directo con el sector social hacia el que va dirigida la implementación del sistema, para los efectos del análisis de la Ley Nacional Especializada en materia de Justicia Juvenil, resulta trascendente la vinculación de tal aspecto con el de especialización orgánica, en tanto que ello no demerita ni resta importancia a la labor desarrollada por aquellas personas que son las legítimamente encargadas de establecer las directrices y esquemas de legalidad al que habrán de someterse de forma directa quienes intervengan en el proceso de justicia¹².

En efecto, el hecho de que no se mencione a un sector importante de quienes también tienen una intervención previa en la generación e implementación de dicho sistema, no pretende que carezcan de relevancia, o por el contrario, que se piense que se encuentran por encima de tales exigencias de especialización por ser ellos los autores de la normatividad que determina los derroteros a los que habrán de someterse los operadores y que en caso de yerros u omisiones que pudieran derivarse de la ley misma, simplemente dejar que sea el Poder Judicial (al cual se le ha

acostumbrado a asumir el costo de trabajar con las herramientas jurídicas que se le proporcionan independientemente de su efectividad, congruencia y calidad), quien se aboque a buscar soluciones, hasta en tanto los órganos legislativos asuman su responsabilidad y tengan la voluntad política de corregir utilizando los mecanismos previstos, los dispositivos u ordenamientos correspondientes.

«Sin lugar a dudas queda evidenciado que existe debido sustento jurídico de que el Sistema de Justicia Juvenil requiere sustantivamente de la especialización, incluso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que este principio debe entenderse en tres vertientes, relativos a:

- 1. Organización de trabajo (especialización orgánica);*
- 2. Asignación de competencias;*
- 3. Perfil de funcionario.»*

¹² Ministerios Públicos, Defensores, Asesores Jurídicos, Órganos Jurisdiccionales, elementos policiacos, personal científico, técnico y administrativo (de procuración, impartición y ejecución de justicia).

En efecto pareciera que olvidamos que de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño, también se prevé entre otros aspectos, que «... los Estados partes deben promover el establecimiento de leyes específicas, ...», lo que resulta de suma importancia para que los procesos de justicia juvenil puedan cumplir su cometido; de ahí que cobra particular relevancia el que quienes promuevan y expidan la normatividad a la que se someterán los operadores directos, también cuenten con especialización o mínimo, con asesoría especializada que les permita entender el alcance y atender los requerimientos que tal concepto involucra, pues tal categoría derivada del principio correspondiente, no se refiere exclusivamente a la sola capacitación, a recomendaciones o estrategias que se impongan a quienes de alguna forma participen en el terreno de la justicia para adolescentes, sino que como en efecto lo estableció la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el principio de especialización se recoge por la reforma constitucional para adecuar la justicia para adolescentes a la doctrina de la protección integral de la infancia y a los Instrumentos Internacionales, como una cuestión necesaria para el cumplimiento de sus propósitos.

Consiguientemente, ello impone el que toda persona que se relacione de cualquier forma con el sistema de

justicia para adolescentes, tiene obligación de acreditar no únicamente que cuenta con los conocimientos vinculados al sistema acusatorio, sino incluso los mínimos indispensables relativos a la materia especializada, permitiéndole así entender el fenómeno delincencial de la juventud, lo que conlleva saber acerca de su desarrollo mental y biológico, amén del reconocimiento de su autonomía progresiva, involucrando en tal aspecto el que se entiende a plenitud los derechos que le asisten a dicho sector etario, al igual que la modalización del procedimiento, asignándole la dimensión que ello involucra y por ende, el trato que legislativamente les corresponde en tal medida, radica en armonizar la normatividad creada al efecto, con los principios aplicables como base y sustento de la materia que nos ocupa, puesto que solo así se logrará el doble cometido de comprender el contenido y alcance de los principios de un sistema acusatorio, pero además y sustancialmente, de aquellos que son propios de un sistema de justicia especializado de jóvenes en conflicto con la ley.

En efecto, al analizar e imponernos de la ley nacional expedida por los órganos facultados para ello, desde luego permite advertir que si bien no hay leyes ni procedimientos perfectos, sino perfectibles, ello no justifica la apatía legislativa cuando se evidencian deficiencias en aspectos de

superlativa trascendencia, que al no preverlos adecuadamente o más aún, al no contemplarlos ni mucho menos enmendarlos, genera incertidumbre jurídica, desequilibrio y sobre todo, desprotección, lo cual deja un sentimiento de injusticia en diversos sectores sociales, máxime cuando los yerros en la actividad legislativa se dan en un contexto en el que no se ponderó de forma adecuada la experiencia derivada de las fuentes reales que también habrían de ser parámetro para tal actividad, evidenciando que legislativamente tales aspectos debieron ser tomados en consideración, no sólo por su obviedad, sino por haber dejado atrás las discusiones y disensos que en su momento pudieron haberse generado, al no existir criterios legales o interpretativos al respecto, pero que actualmente quedan ampliamente superados no sólo atendiendo al contexto de la legislación emitida a partir de lo dispuesto por la ley suprema de la nación, sino incluso atendiendo a la normatividad internacional con la que el estado mexicano se ha comprometido (control de constitucionalidad y convencionalidad).

Por ello resulta lamentable que una legislación como muchos otros aspectos, también pueda ser rehén de los intereses y/o criterios políticos de los que campean en los órganos legislativos; sin embargo, más allá de la filiación que se tenga, la clase política debe concientizarse que

formalmente debe atenderse prioritariamente a aquellos lineamientos que constitucional y convencionalmente resulten más garantes y protectores de los derechos fundamentales, concediéndoles la importancia que un acto de tal naturaleza involucra. Así, una ley no debe generarse por capricho ni por privilegiar a un grupo en perjuicio de otro, sino atendiendo a las exigencias sociales legítimas y a las necesidades de gobernabilidad en un Estado Constitucional Democrático de Derecho con el justo equilibrio y racionalidad de disposiciones que en respeto a los derechos fundamentales procuren el bien común y atiendan al sentido de equidad y justicia social.

En suma, debe entenderse que la especialización que deben tener quienes intervienen en el sistema de justicia juvenil desde la generación de la normatividad correspondiente, incide en los conocimientos que deben acreditarse al respecto, así como la actitud que ello requiere, puesto que se verá reflejado sustancialmente en todos y cada uno de los aspectos que se relacionan con los principios, derechos y obligaciones de los adolescentes en conflicto con la ley durante el proceso al que se encuentren sometidos por tal motivo y por ende, obliga a tener conocimientos específicos; esto es, que vayan más allá del esquema que involucra el Sistema Procesal Penal Acusatorio, debiendo estar debidamente informado acerca del

fenómeno delincucional juvenil, así como de las características y necesidades propias de la adolescencia, incluyendo el trato que debe proporcionárseles, en tanto que ello es la lógica consecuencia de su situación etaria a efecto de que pueda hacerse efectiva la modalización procesal requerida, dado que de inicio, el trato que necesariamente habrá de dárseles, debe ser diferenciado al de los adultos, reconociéndoseles genéricamente no solo los derechos fundamentales y los procesales inherentes a cualquier ser humano, sino fundamentalmente los relacionados con su situación etaria, atendiendo a su condición de personas en desarrollo.

Acotados genéricamente los parámetros que habrían de tomarse en consideración aun dentro del proceso legislativo, por aquellos que intervienen en el mismo, como ya se había apuntado, no se espera que una ley sea perfecta, pues desde luego, su propia aplicación permitirá evidenciar los ajustes que necesariamente deban realizarse para lograr su cometido de forma eficaz, así como la urgencia de los mismos; no obstante, lo que no se entiende ni puede permitirse, es que cuando hay clara evidencia de yerros u omisiones que trastocan o tienden a poner en riesgo los fines de un sistema que constitucionalmente se ha ordenado implementar, se dejen pasar sin tomar acciones con la inmediatez que se requiere para buscar una solución,

que invariablemente correspondería asumirse como prioritaria desde el mismo ámbito legislativo, puesto que tendría que darse a través de una reforma a la propia ley, sin esperar a que se diera el impacto negativo al inicio de vigencia de tal normatividad o bien, mantener una estrecha comunicación con los operadores para que inmediatamente advertida se aboquen a una solución desde su esfera de competencia.

«... debe entenderse que la especialización que deben tener quienes intervienen en el sistema de justicia juvenil desde la generación de la normatividad correspondiente, incide en los conocimientos que deben acreditarse al respecto, así como la actitud que ello requiere, puesto que se verá reflejado sustancialmente en todos y cada uno de los aspectos que se relacionan con los principios, derechos y obligaciones de los adolescentes en conflicto con la ley durante el proceso al que se encuentren sometidos por tal motivo y por ende, obliga a tener conocimientos específicos; esto es, que vayan más allá del esquema que involucra el Sistema Procesal Penal Acusatorio...»

II. Incidencias sobre omisiones o inconsistencias legales

Una vez expuesta de forma concreta la necesidad de que los órganos encargados de promover y expedir las leyes inherentes al sistema de justicia juvenil, también cuenten con especialización y/o asesoramiento adecuado, a efecto de evidenciar la trascendencia y en su caso, la urgencia de las medidas que legislativamente deban adoptarse, es conveniente exponer algunos de los yerros que de la simple lectura de la *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes*¹³ pueden advertirse, sin perjuicio de aquellos que en un análisis de mayor profundidad pudieran hacerse patentes o incluso, en la medida en que por el ejercicio mismo de la función, surgieran problemas para su debida aplicación.

En efecto, al examinar el contenido de la Legislación Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, no puede negarse que acumula muchos aciertos en tanto que, como se ha expresado previamente, si bien no se pretende menospreciar el esfuerzo realizado, sobre todo en la eliminación de eufemismos (*vg.* la equívoca de *acción de remisión*, que ahora se refiere con mayor rigor técnico jurídico, como

“acción penal”), también debe destacarse que buena parte de tales bondades tienen sus antecedentes inmediatos en el contenido de las legislaciones de justicia juvenil vigentes en los diversos Estados de la República previa su abrogación por la Legislación Nacional, evidenciando que, como se esperaba, del examen integral de dichos ordenamientos pudieron y debieron recogerse las mejores prácticas y fórmulas a efecto de plasmarlas en una ley única a sabiendas que ello impactaría en los procesos de justicia juvenil en todo el país, dado que si bien hay una multiplicidad de factores que procesalmente estimulan e influyen la realización de diversas prácticas, lo cierto es que previo a su implementación, deben identificarse los parámetros esenciales que determinan la ejecución de una actuación que cumpla con las expectativas de lo que genéricamente debe considerarse como una buena práctica, independientemente de cuál sea el origen de su desarrollo; esto es, deben buscarse estándares de actuación y efectividad (complejidad, diseño, requerimientos, hacia quien o quienes van dirigidas)¹⁴.

¹³ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio de 2016 y en vigor a partir del 18 del mismo mes y año.

¹⁴ En este rubro, debe atenderse a situaciones que inciden en diversos aspectos que no sólo se refieren a la especial situación y derechos del niño como víctima o como justiciable, en términos tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño, como también atendiendo a las diversas Observaciones

En tal sentido, ante la improvisación, el apresuramiento de quienes intervinieron en la elaboración de la Ley Nacional, así como la nula o limitada convocatoria hacia quienes se encuentran en el campo de batalla para que aportaran sus experiencias, no sólo se quedaron cortos en llevar a cabo esa labor de recopilación, sino que además se incurrió en omisiones y/o yerros que han incidido gravemente en la problemática que hoy por hoy enfrenta la justicia para adolescentes y aún con conocimiento de tales fallas, no se advierte, como sucede reiteradamente, que el legislador adopte las medidas necesarias a efecto de enmendar o mejorar los diseños normativos, pese a que resulta evidente que requiere de

Generales emitidas por el Comité de los Derechos del Niño, vinculadas a contextos que requieren de una mayor especificidad por involucrar por ejemplo derechos específicos de la niñez (derecho al descanso [OG 17], salud [OG 15], a una vida libre de violencia [OG 13], a ser escuchados [OG 12]; así como también derechos de grupos especialmente vulnerables (primera infancia [OG 7], grupos indígenas [OG 11], niños con discapacidad [OG 9], niños no acompañados y niños separados de su familia fuera de su país de origen [OG 6]; además de las materias especialmente relevantes (justicia juvenil [OG 10], castigos corporales [OG 8], la salud y el desarrollo de los adolescentes [OG 4], etc.).

ajustes, ya que sin el menor asomo de preocupación, como ya es costumbre, deja en manos de los operadores la búsqueda y toma de decisiones para solucionar desde su acotado ámbito la serie de inconsistencias que se desprenden de la legislación nacional aludida, lo cual huelga decir, en muchos de los casos sólo puede llevarse a cabo de forma restringida mediante la interpretación hermenéutica de las normas, en la medida en que no surja algún impedimento legal para actuar de forma pragmática o en el mejor de los supuestos, acudiendo a criterios interpretativos que ya se hubieran emitido por los diversos órganos jurisdiccionales facultados para ello, tratando de buscar la solución más adecuada posible, pero que invariablemente de forma mayoritaria, solo atienden a aspectos circunstanciales y no a la esencia de la problemática normativa.

Establecido con puntualidad que no es mi pretensión la sola crítica que tienda a denostar la legislación nacional del sistema de justicia juvenil, tampoco lo es hacer referencia a todos y cada uno de los aspectos que en su análisis, pudieran evidenciar yerros u omisiones graves, no obstante, sí es importante para clarificar la importancia de que el principio de especialización también sea respetado en el ámbito legislativo, establecer los que parecieran mayormente significativos a efecto de dimensionar la necesidad de que

especialistas en justicia de adolescentes analicen diversos institutos y aspectos vinculados con la legislación de la materia a efecto de armonizarla con los fines del sistema y generar una cultura de respeto a los derechos de los jóvenes bajo el principio educativo-formativo.

II.1. Prescripción

Destaca por su relevancia lo que en materia de prescripción de la acción penal, dispone el párrafo final del artículo 109 de la LNSIIPA, en el sentido de que: «Tratándose de delitos sexuales, o de trata de personas cometidos por adolescentes en contra de niñas, niños y adolescentes, el plazo de prescripción empezará a correr cuando la víctima cumpla dieciocho años».

Texto que si bien cumple con la apariencia del buen derecho y sentido de justicia, ello sólo puede concebirse desde ópticas que carecen de perspectiva de infancia, amén de no ser acordes con los fines de la pena, dado que disposiciones que evidentemente fueron diseñadas para adultos y específicamente para aquellos casos en que no sólo se involucraban a grupos organizados para delinquir, sino incluso miembros del clero, etc., el sólo hecho de pretender que una disposición de tales características opere en el sistema de justicia juvenil, es un claro ejemplo de desconocimiento, ya no de aspectos específicos de la delincuencia juvenil, sino del más

elemental sentido de congruencia con las particularidades etarias de la adolescencia en cuanto al periodo tan reducido que comprende y que por sus connotaciones propias de juzgamiento, con tal disposición, se llegaría al absurdo de juzgar a adultos como adolescentes, imponiéndoles sanciones que en su condición de adultos, poco o ningún efecto socio-educativo produciría; así baste considerar una víctima menor de seis años, cuyo victimario tenga entre 15 a 17 años, hechos que no se hubieran denunciado por cualquier circunstancia y que al cumplir la mayoría de edad se hiciera del conocimiento de la autoridad, casos en el que amén de la Inseguridad Jurídica que tal mandato representa para el agresor, se pretendería juzgar como adolescente a una persona que mínimo ya tuviera 27 años.

II.2. Principios de lealtad y honradez de las partes (Sólo impuesta al MP).

Es un hecho que la lealtad entre las partes y la honradez de cada una de ellas es factor importante en el sistema acusatorio, que sin embargo, no se les concedió la relevancia adecuada en su regulación desde el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, puesto que sólo tres artículos del mismo (Artículos 107, 128 y 214) se refieren a tales principios y con una regulación incompleta e imprecisa, dado que los limitan al órgano ministerial, olvidándose que en un

control horizontal como el que se ejerce en los actos procesales, debe existir equilibrio y por ende, tales principios aplican por igual no sólo a las partes, sino a cualquier interviniente en una audiencia. Es así que no obstante tal omisión y/o deficiente regulación, no se tomó en consideración al momento de elaborar la ley de justicia para adolescentes, pese a que son fundamentales para mantener la igualdad procesal y garantizar el debido proceso, resulta más complicado el tratar de hacer valer aspectos que si bien son inherentes al sistema, al no preverse de forma adecuada, aunado al desconocimiento y desinterés (evidenciado mayormente por el órgano ministerial), así como al afán protagónico de las partes (sobre todo de la Defensa), generan prácticas inadecuadas que dificultan la labor judicial, máxime cuando los juzgadores no cuentan con la capacitación adecuada para presidir las audiencias.

II.3. Sanción mínima

En el apresuramiento que se advirtió todavía semanas previas a la entrada en vigor la *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes*, sus creadores y quienes la aprobaron, dejaron de considerar taxativamente que para los efectos de punición no se establecieron los parámetros generales de sanción mínima para los diversos hechos delictivos cometidos por adolescentes,

de ahí que trascienda el que no se hubiera previsto sustancialmente respecto de aquellas conductas que en términos de la propia ley, permiten privación de la libertad, olvidándose del principio de *certeza jurídica*¹⁵, que

¹⁵ Debiendo entenderse que si bien al efecto, la Suprema Corte de la Justicia de la Nación ha establecido que dicho principio no debe entenderse en el sentido estricto de que la ley ha de señalar de manera especial y precisa términos técnicos o vocablos propios de un sector o profesión, dado que el principio de taxatividad no exige que en una sociedad compleja, plural y altamente especializada como la de hoy en día, los tipos penales se configuren de tal manera que todos los gobernados tengan una comprensión absoluta de los mismos, específicamente tratándose de aquellos respecto de los cuales no pueden ser sujetos activos, por lo que en este sentido, es posible que los tipos penales contengan conceptos jurídicos indeterminados, al no ser exigible al legislador definir cada vocablo o locución utilizada al redactar algún tipo penal, toda vez que ello tornaría imposible la función legislativa; sin embargo, sí le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito, descripción que no es otra cosa que el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado. Precisándose que para determinar la tipicidad de una conducta, el intérprete debe tener en cuenta, como derivación del principio de legalidad, al de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor

debe prevalecer en el señalamiento de las sanciones asignadas a hechos delictivos, puesto que en tal sentido y específicamente en materia de justicia juvenil, tal omisión dificulta que se cumplan con los fines educativos de las medidas y más aún podría generar impunidad ante la grave omisión expuesta¹⁶; así, únicamente la medida correspondiente a *trabajo en favor de la comunidad*, es la que establece los parámetros de punibilidad mínima y máxima requerida taxativamente a efecto de que los destinatarios de la norma tengan un conocimiento específico no sólo de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el

de tipificación de la ley. Es decir, la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación. Así, el mandato de taxatividad supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal, que lo que es objeto de prohibición pueda ser conocido por el destinatario de la norma. (Amparo en revisión 448/2010. 13 de julio de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.).

¹⁶ Ello es así, dado que acordes al principio que se desprende de lo dispuesto por el artículo 14 de la Constitución Federal, conocido como *nullum crimen sine poena, nullum poena sine lege certa*, no puede haber delito sin pena ni pena sin ley específica y concreta para el hecho de que se trate.

ordenamiento, como bien señala el criterio de nuestro máximo tribunal, sino más aún, que también tengan perfectamente establecidos los parámetros de sanción a aplicar por tales hechos; en este tenor, los diversos artículos que al efecto se relacionan en tal aspecto de la Ley Nacional, son:

«Prestación de servicios a favor de la comunidad», no podrá ser inferior a tres meses ni superior a un año (Artículo 159 párrafo tercero).

«Asesoramiento colectivo y actividades análogas», duración máxima de dos años (Artículo 160 párrafo segundo).

«Libertad asistida», no podrá ser superior a dos años (Artículo 162 párrafo quinto).

«Estancia domiciliaria», no puede ser superior a un año (Artículo 163 párrafo cuarto).

«Internamiento» sólo en los supuestos delictivos previstos en el Artículo 164 párrafo segundo, incisos a) - j) [en relación al artículo 145 párrafos cuarto y quinto].

1. Para personas de entre catorce años cumplidos y menos de dieciséis, la duración máxima será de tres años.

Para personas mayores de dieciséis años cumplidos y menores de dieciocho años, la duración máxima será de cinco años.

«Semi-internamiento», la duración de la medida no excederá de

un año (Artículo 167 párrafo segundo).

Cabe precisar que en el mismo dispositivo se contempla la regulación de aspectos vinculada con personas que tuvieran entre doce años cumplidos y menos de catorce, estableciendo que en ningún caso podrá imponérseles sanción privativa de libertad, sino sólo una medida de sanción no privativa de libertad de máximo un año (Artículo 145 párrafo primero).

II.4. Tentativa

Tentativa punible no procederá la imposición de medidas privativas de libertad (art. 145 penúltimo párrafo).

Craso y grave error desde el punto de vista de racionalidad y proporcionalidad se advierte en la regulación de la tentativa, pues no obstante que al efecto, se cuenta con un antecedente perfectamente conocido por su trascendencia sobre el mismo tema, aun cuando se refiere al sistema de adultos, podría decirse que prácticamente fue superado desde inicios del presente siglo (2003-2004), en cuanto se debatía si una tentativa de delito prevista en ese momento como grave por la ley¹⁷,

también debía dársele el mismo trato, por interesar en ello no sólo la libertad de los justiciables, sino bienes jurídicos de importante valía como la vida, la integridad corporal, la libertad, la seguridad y libertad sexuales, etc., puesto que en tales supuestos, si bien actualmente debe verificarse si el delito es de los que permiten el internamiento, desde luego, debió preverse en la regulación procesal juvenil sobre tal aspecto y no simplemente abordarlo desde una óptica evidentemente tutelarista, esto

prevé que la tentativa se castiga con sanción equivalente a una fracción de la correspondiente al delito consumado, resulta evidente que cuando el inculcado (como acontece en los artículos 63 y 78 del anterior y Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, respectivamente), entre los actos de ejecución de un delito calificado, realiza la conducta calificante, pero dicho ilícito no se consuma por causas ajenas a su voluntad, la pena deberá consistir en la suma de la aplicable al tipo básico más la de la conducta calificante, reducidas ambas en términos de la regla de la tentativa referida. En consecuencia, es inadmisibles que el Juez únicamente reduzca la pena correspondiente al tipo básico y aplique en su integridad la relativa a la conducta calificante, por estimar que esta última sí llegó a consumarse, pues el dispositivo que contiene la calificativa constituye sólo un componente de la conducta típica sancionada por el orden jurídico. Por ende, su actualización, aisladamente considerada, no puede ser sancionada como si se tratara de un delito autónomo.

¹⁷ Tesis 1a./J. 57/2004, contradicción de tesis 151/2003-PS, de la Novena Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 282, Tomo XXI, Febrero de 2005, bajo el rubro: TENTATIVA DE DELITO CALIFICADO. PUNIBILIDAD. Si la ley penal

es, desde la perspectiva de un menor de edad a quien pareciera que no se le reconoce capacidad de culpabilidad y que vinculado a la no consumación del hecho, lleva a establecer sin mayor distinción, que en todos los casos de tentativa no procedería imponerles medidas privativas de libertad.

En efecto, no debió generalizarse el tratamiento para todos los casos de delitos tentados, puesto que aun en tales supuestos debe atenderse al tipo del injusto atribuido y la relevancia del bien jurídico puesto en peligro, dado que la gravedad del hecho no se purga por la sola circunstancia de no haberse consumado y por ende, debió atenderse en igual forma al reconocimiento de los justiciables adolescentes como una categoría a quienes se exige responsabilidad, en la medida en que también se les reconocen derechos, de ahí que en todo caso los factores que incidan en la determinación de la sanción tendrán que ver entre otros, con la importancia del bien jurídico tutelado, el nivel de consumación, si se causó algún daño material, su forma de comisión, así como por la edad del justiciable.

Resulta irracional, absurdo y desproporcional que con la regulación actual de la tentativa en el caso de adolescentes, resultan sancionados con mayor severidad unas lesiones o un robo con violencia, que las tentativas de homicidio, de secuestro o de violación.

*«...para los efectos de
punicción no se
establecieron los
parámetros generales de
sanción mínima para los
diversos hechos delictivos
cometidos por
adolescentes, de ahí que
trascienda el que no se
hubiera previsto
sustancialmente respecto
de aquellas conductas
que en términos de la
propia ley, permiten
privación de la libertad,
olvidándose del principio
de “certeza jurídica”»*

II.5. Sanción máxima

Duración máxima del Internamiento podrá ser de hasta cinco años en los casos de homicidio calificado, violación tumultuaria, secuestro, hechos señalados como delitos en materia de trata de personas y delincuencia organizada. La imposición de medidas privativas de libertad (art. 145 último párrafo).

La redacción y términos utilizados en el último párrafo de este

artículo evidencian al decir de Rafael DE PINA, una “ignorancia supina”.

Por principio, debe decirse que si bien se advierte que el espíritu de la norma involucra una excepción a los máximos de sanción establecidos para los diversos grupos etarios previstos por la propia Ley Nacional¹⁸, evidentemente al único que afectaría es al número II (de catorce a menos de dieciséis años), cuenta habida de que al grupo I (de doce a menos de catorce años), en absoluto puede aplicarse una disposición que es incompatible y más gravosa, dado que prevalece la disposición que más le favorece relativa a que en ningún caso se les impondrán medidas privativas de libertad; mientras que al último grupo (III. de dieciséis a menos de dieciocho años), no le genera mayor afectación o beneficio, puesto que incluso es el máximo de sanción que para tal sector se prevé en el quinto párrafo del mismo dispositivo.

Por otra parte, un aspecto de mayor relevancia y gravedad lo constituye no necesariamente el hecho de utilizar terminología jurídica caduca como el relativo de

violación tumultuaria, o incluso el de *violación sexual* (Artículo 164 segundo párrafo, inciso h), que si bien incluso fue utilizado por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, ello fue superado hace casi tres décadas, sino sustancialmente a la notoria incongruencia y descuido al pretender que tal sanción máxima de internamiento puede ser impuesta a adolescentes por la comisión del delito de *delincuencia organizada*, cuando normativamente se contrapone con los dispuesto por el segundo párrafo del artículo 10 de la propia ley¹⁹, que prevé la aplicación de la ley correspondiente sólo en beneficio de los adolescentes.

II.6 Notificaciones impuestas al juez fuera de audiencia

Es un hecho, que con el sistema acusatorio, prevalece la oralidad por sobre la escritura, dado que esta última sólo se privilegia en la fase intermedia para actos específicos; sin embargo, aun cuando pudiera considerarse que no trasciende el yerro que se destaca a continuación, es notorio el descuido o desconocimiento que se pone de manifiesto en la redacción del primer

¹⁸ **Artículo 5. Grupos de edad.**

Para la aplicación de esta ley, se distinguirán los grupos etarios I, II y III:

I. De doce a menos de catorce años;

II. De catorce a menos de dieciséis años, y

III. De dieciséis a menos de dieciocho años.

¹⁹ **Artículo 10. Supletoriedad.**

...

Sólo serán aplicables las normas procesales en materia de delincuencia organizada y de protección a personas que intervienen en el procedimiento penal, que implique un beneficio para la persona adolescente.

párrafo del artículo 138 de la Ley Nacional²⁰, al establecer que la contestación de la acusación deberá ser presentada *por conducto* del Juez de Control, lo cual revela que el redactor, no tenía la menor idea de que el sistema acusatorio en México se ha instrumentado utilizando lo que se conoce como Unidades de Gestión, que son las receptoras de todas las promociones dirigidas a los juzgadores y que no son estos los encargados o el conducto para presentarlas.

Pero más aún, resulta notorio que no es correcto que se pretenda que el juzgador fuera de audiencia sea el notificador, puesto que dicha labor corresponde al personal encargado de la Unidad de Gestión correspondiente, de ahí que en todo caso, el Juez de Control debe ordenar la notificación a las partes de la contestación de la acusación, misma

²⁰ **Artículo 138. Contestación de la acusación.**

Concluidos los plazos a los que se refiere el artículo anterior, la persona adolescente y su defensor dispondrán de un plazo de cinco días hábiles para contestar la acusación por escrito, la cual deberá ser presentada por conducto del Juez de Control y por la cual se podrá:

- I.
- II.
- III.
- IV.

El juez de control dispondrá del plazo de 48 horas para notificarlo a las partes ...

orden que ejecutará el Actuario o personal facultado para ello, siendo lamentable que ni siquiera se auxiliaran de la redacción del artículo 340 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* que incluso antes de la reforma sufrida el 20 de junio de 2016, preveía tal aspecto con menos yerros y más aún, estando en puerta la publicación de dicha reforma dos días después del inicio de vigencia de la Ley Nacional de Justicia Juvenil, es un hecho que siendo el mismo órgano legislativo quien la aprobó, no pusiera cuidado en tales aspectos.

II.7. Queja

Situación semejante a la anterior, se advierte en la regulación de este recurso, puesto que si bien el *Código Nacional de Procedimientos Penales* lo regulaba de forma similar a como quedó previsto en la Ley Nacional, no se atendió a que por un lado, por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 20 de junio de 2016, al Código Nacional, se modificó a efecto de que atendiendo a que la naturaleza del recurso es procesal y no administrativa, no sean los Consejos de Judicatura locales o federal, los que lo sustancien y resuelvan, sino órganos jurisdiccionales, aspecto que no se tomó en consideración en la legislación de justicia juvenil, la cual mantiene la redacción del recurso en cuanto a trámite y sustanciación por

el Consejo²¹, pero más aún, no obstante la serie de yerros que han quedado al descubierto, poco o nada se ha hecho o propuesto para enmendarlos, lo cual revela que los legisladores aún carecen de asesoría especializada.

II.8. Audiencias preliminares

Como he sostenido reiteradamente, desde la implementación del Sistema Penal Acusatorio cuyo sustento principal es la Reforma Penal Constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, se mantuvo incorporado sin mayor sustento el denominado *Plazo Constitucional*, sin advertir ni justificar en el nuevo modelo su compatibilidad y utilidad, considerando que el mantenerlo trastoca derechos fundamentales²².

²¹ **Artículo 169. Queja y su procedencia.**

...

A partir de que se advierta la omisión del acto procesal, la queja podrá interponerse ante el Consejo.

...

²² ANDRADE MARTÍNEZ, Sadot Javier, «Sistema acusatorio, su incompatibilidad con el plazo constitucional», *Revista Digital de la Reforma Penal, Nova Iustitia*, Año IV, número 14, febrero 2016, pág. 31, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, México 2016.

«Es un hecho, que con el sistema acusatorio, prevalece la oralidad por sobre la escritura, dado que esta última sólo se privilegia en la fase intermedia para actos específicos; sin embargo, aun cuando pudiera considerarse que no trasciende el yerro que se destaca a continuación, es notorio el descuido o desconocimiento que se pone de manifiesto en la redacción del primer párrafo del artículo 138 de la Ley Nacional, al establecer que la contestación de la acusación deberá ser presentada “por conducto” del Juez de Control, lo cual revela que el redactor, no tenía la menor idea de que el sistema acusatorio en México se ha instrumentado utilizando lo que se conoce como Unidades de Gestión, que son las receptoras de todas las promociones dirigidas a los juzgadores y que no son estos los encargados o el conducto para presentarlas.»

II.9. Control de detención

Un último aspecto que abordaremos y no por ser necesariamente todos los yerros u omisiones que pueden ser

advertidos en la Ley Nacional de Justicia Juvenil, sino atentos sustancialmente a limitaciones del formato respecto del análisis que ahora se realiza, radica en la omisión que se aprecia en dicha ley (Artículos 38 y 130), respecto del control de detención que también debiera realizar la autoridad jurisdiccional con relación a las órdenes de detención cumplidas, y que aunque defectuosa la regulación existente al respecto en el *Código Nacional de Procedimientos Penales* como supletorio de aquella, pese a que no la contempla en el primer párrafo de su artículo 308, enmienda la omisión al referirse a ésta en el cuarto párrafo del mismo dispositivo.

En efecto, debe entenderse atentos a los párrafos cuarto y séptimo del artículo 16 Constitucional²³, así como a los incisos b) y d) del artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del

Niño²⁴, la regla 10.2 y su comentario de las Reglas de Beijing²⁵, e incluso

²⁴ Artículo 37, incisos b) y d) de la Convención sobre los Derechos del Niño

«Los Estados Partes velarán porque:»

«b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;»

«d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.»

²⁵ Reglas de Beijing.

«10. Primer contacto»

«10.2 El juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor.»

«Comentario

En principio, la regla 10.1 figura en la regla 92 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

La posibilidad de poner en libertad al menor (regla 10.2) deberá ser examinada sin demora por el juez u otros funcionarios competentes. Por éstos se entiende toda persona o institución en el más amplio sentido de la palabra, incluidas las juntas de la comunidad y las autoridades de policía, que tengan facultades para poner en libertad a la

²³ Artículo 16 Constitucional, párrafos cuarto y séptimo.

«La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.»

«En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.»

del quinto párrafo del artículo 28 de la *Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal* reformada, publicada en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal el 15 de abril de 2014²⁶, que no llegó a entrar en vigor, se prevé genéricamente que no sólo en los casos de flagrancia o urgencia, sino incluso en el cumplimiento de las órdenes de detención emitidas por las autoridades judiciales, se realice un

persona detenida. (Véase también el párr. 3 del artículo 9 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.)»

²⁶ **Artículo 28.** «Inmediatamente que un adolescente sea detenido en flagrancia o por caso urgente en términos de la ley procesal aplicable, o en cumplimiento a una orden judicial, las autoridades correspondientes, en forma clara y precisa le informarán el motivo de su detención, quien lo denuncia, la naturaleza y causa de la medida, así como los derechos y garantías que le asisten, mismo derecho que se garantizará en todas las etapas del proceso.»

(Quinto párrafo)

«Una vez que el detenido sea puesto a disposición del Juez, de inmediato celebrará la audiencia inicial en la que, previa acreditación de edad e identidad por la fiscalía especializada para adolescentes (*sic*), calificará la legalidad de la detención y/o su cumplimiento. Si resultare no legal, la audiencia se suspenderá y se ordenará la inmediata libertad del adolescente, así como la devolución de la carpeta de investigación al Ministerio Público.»

control a efecto de verificar que no se llevó a cabo alguna privación de libertad de forma ilegal o arbitraria y que su contravención, deberá ser objeto de responsabilidad y sancionado por la ley penal.

Es un hecho que cuando los órganos legislativos asuman su responsabilidad sobre la normatividad que generan, entiendan que no están por encima de la ley, sino que son los primeros que deben cumplir con la misma y por ende, someterse a los estándares que exigen en los ordenamientos que día a día son aprobados por los mismos, ya que el no exigirles su cabal respeto, llevaría a considerar que la ley no es la que genera el yerro, sino quienes la aplican, cumpliéndose la sentencia que al efecto estableciera Mary BELOFF al decir:

Derecho y cambio social. Si esto no es así, las leyes que estamos haciendo y los sistemas de responsabilidad penal juvenil que estas leyes están creando están predestinadas al fracaso. Pero, es claro, este fracaso no es un fracaso de la ley²⁷.

²⁷ Párrafo final de la ponencia RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL Y DERECHOS HUMANOS, dictada en el marco del II Curso de Especialización «Protección jurisdiccional de los derechos del niño», para Jueces, Abogados y Fiscales del Cono Sur, organizada por UNICEF, Oficina de Área para Argentina, Chile, Uruguay y la Facultad de Derecho y ciencias Sociales de la

Fuentes consultadas

Legislación Nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Jurisprudencia P./J. 63/2008, de la Novena Época, sostenida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 619, Tomo XXVIII, septiembre de 2008, del SJF y su Gaceta, el número de registro 168773, bajo el rubro: SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES, EL TÉRMINO “ESPECIALIZADOS” UTILIZADO EN EL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN SE REFIERE AL PERFIL DEL FUNCIONARIO Y A LA COMPETENCIA LEGAL EXPRESA DEL ÓRGANO PERTENECIENTE A ESE SISTEMA.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

Ley de Justicia para Adolescentes para el D.F, publicada en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal de fecha 15 de abril de 2014.

Legislación Internacional

Convención de los Derechos del Niño.

Universidad de Buenos Aires que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, entre los días 22 al 26 de noviembre de 1999.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Reglas de Beijing.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, criterios y Opinión Consultiva # 17.

Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, de la ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, números 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15 y 17.

Referencias electrónicas

ANDRADE MARTÍNEZ, Sadot Javier, «Sistema acusatorio, su incompatibilidad con el plazo constitucional», *Revista Digital de la Reforma Penal, Nova Iustitia*, Año IV, número 14, febrero 2016, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, México 2016.

BELOFF, Mary ponencia RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL Y DERECHOS HUMANOS, dictada en el marco del II Curso de Especialización «Protección jurisdiccional de los derechos del niño».

FERRAJOLI, Luigi, *Más allá de la Soberanía y la Ciudadanía: un constitucionalismo global*, pp. 173-177, disponible en: [\[http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/12504985356703728543657/isonomia09/isonomia09_10.pdf\]](http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/12504985356703728543657/isonomia09/isonomia09_10.pdf), consultada en: 2017-07-10.

MORENO CRUZ, Rodolfo, *El modelo garantista de Luigi Ferrajoli*,

Lineamientos Generales, Edición Electrónica, disponible en: [<http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v40n120/v40n120a6.pdf>], consultada en: 2017-07-10.

SECRETARÍA TÉCNICA DEL CONSEJO DE COORDINACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL, disponible en: [<http://www.setec.gob.mx/>], consultada en: 2017-07-10.

BREVES REFLEXIONES SOBRE LA FASE ESCRITA DE LA ETAPA INTERMEDIA DE LOS PROCESOS ACUSATORIOS DE LOS ADOLESCENTES

María del Rosario TIRADO GUTIÉRREZ*

SUMARIO: Introducción; I. Fases de la etapa intermedia; II. Escrito de acusación del Ministerio Público; III. Plazos para la presentación de los escritos de las partes en la etapa escrita; IV. Descubrimiento probatorio; V. Participación de la víctima, ofendido y el asesor jurídico en la fase escrita de la etapa de preparación a juicio; VI. Citación a la audiencia intermedia; Conclusión; Fuentes consultadas.

Introducción

A más d un año de la entrada en vigor de la *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes* estamos en condiciones de realizar una somera valoración sobre los retos que enfrentamos en su aplicación, que son bastos, ya que debe armonizarse con el sistema acusatorio adoptado por nuestro país en la justicia penal, por la reforma del 2008.

Actualmente en México los adolescentes en conflicto con la ley, además de contar con los derechos propios de su edad, gozan de los mismos derechos que un adulto en materia penal, como lo establece el párrafo sexto del artículo 18 Constitucional, lo que incluye desde luego el ámbito procesal, donde se establece que el proceso en materia de justicia para adolescentes es acusatorio y oral, que retoma la *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes*, —a la cual en lo sucesivo se le denominará Ley Nacional Especializada— que en su artículo 22, indica que en el Sistema se observarán los principios de publicidad, contradicción, continuidad e inmediación con las adecuaciones y excepciones propias del sistema especializado.

* Licenciatura en *Derecho* por la Escuela Libre de Derecho. Ha tomado diversos cursos especializados en Justicia para Adolescentes organizados entre otras instituciones por el FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, así como del sistema acusatorio, en la Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile y en el Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México y en la materia de Derechos Humanos en la Universidad Autónoma Metropolitana y en la Universidad Autónoma de México, entre otros. Se ha desempeñado en diversos cargos públicos en el ámbito jurisdiccional desde hace más de 23 años. Actualmente es Juez de Enjuiciamiento del Sistema Procesal Penal Acusatorio para Adolescentes en la Ciudad de México.

A su vez, el artículo 10 de la Ley Nacional Especializada estatuye como regla general la aplicación supletoria del Código Nacional en el Sistema Especializado, siempre que sus normas no se opongan a los principios rectores del sistema y sean en beneficio de los adolescentes. «El *Código Nacional de Procedimientos Penales*, marca un paradigma en materia procesal penal en nuestro país, representa el primer documento legislativo que unifica la normatividad del enjuiciamiento penal en México»¹.

En consecuencia, para verificar las etapas del modelo acusatorio en los procesos de los adolescentes debe estarse al Código Nacional, que en su artículo 211 señala que el procedimiento penal comprende tres etapas: La de investigación, la intermedia o de preparación del juicio y la de juicio. Sin duda la etapa intermedia es una de las más complejas del sistema acusatorio, además mal denominada «al no considerarse las etapas subsecuentes, que son la de impugnación que sigue

a la sentencia definitiva y la de ejecución de las sanciones penales»².

La fase intermedia o de preparación a juicio tiene como finalidad el ofrecimiento, la exclusión y la admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio. El presente trabajo tiene como finalidad sólo mostrar algunas cuestiones que deben ser tomadas en cuenta en la fase escrita de la etapa intermedia de los procesos de los adolescentes a fin de evitar la transgresión de sus derechos.

I. Fases de la etapa intermedia

La Ley Nacional Especializada en su artículo 135 indica que la etapa intermedia se integra de dos fases, una escrita y otra oral. La fase escrita inicia con el escrito de acusación que formula el Ministerio Público y comprenderá todos los actos previos a la celebración de la audiencia intermedia. La segunda fase da inicio con la celebración de la audiencia intermedia y culmina con el dictado del auto de apertura a juicio.

¹ TIRADO GUTIÉRREZ, María del Rosario, «El reconocimiento de personas en el Código de Procedimientos Penales», *Nova Iustitia Revista Digital de la Reforma Penal*, año II, número 8, agosto de 2014, Poder Judicial del Distrito Federal, México, p. 126, disponible en: [http://www.poderjudicialdf.gob.mx/work/models/PJDF/Resource/1918/13/images/Revista_Nova_Iustitia_Agosto_20141.pdf], consultado en 2017-07-10.

² PONCE MARTÍNEZ, Jorge, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Roberto, PEREDO VALDERRAMA, Modesto, *Código Nacional de Procedimientos Anotado* (Notas, doctrina, normatividad constitucional e internacional, jurisprudencia corte interamericana y tesis nacional), Editorial Dadbruk, E&A, marzo 2016, Ciudad de México, p.448.

El legislador especializado al señalar las disposiciones que regulan la etapa intermedia realizó una distinción sobre la normatividad aplicable, lo cual resultaría justificable si la razón de ser derivara de la aplicación de los principios rectores del Sistema de Justicia Juvenil, sin embargo incurrió en yerros que en vez de optimizar y modular esta etapa en beneficio de los adolescentes, transgredió sus derechos colocándolos en desventaja sobre los imputados adultos e inclusive desprotegió a la víctima y afectó las facultades tanto del Ministerio Público como del asesor jurídico.

El artículo 134 de la Ley Nacional Especializada señala que la fase escrita de la etapa intermedia se rige por las disposiciones establecidas en su capítulo único del título V, y la fase oral por lo dispuesto en ese mismo capítulo y supletoriamente por lo dispuesto en el Código Nacional, con lo cual el legislador al parecer cerró la posibilidad de que la fase escrita de la etapa de preparación a juicio admitiera la aplicación de las previsiones normativas del Código Nacional, ya que sólo lo autorizó para la fase oral, lo cual se contrapone con lo dispuesto en su artículo 10 que autoriza su aplicación, además que en la forma en la que reguló la fase escrita genera desigualdades entre las partes en esta etapa del proceso.

La fase escrita esencialmente se integra con las exposiciones que por escrito realizan las partes dentro de

los plazos que señala la ley para prepararse a juicio, sin embargo la fase oral no se escapa de incluir actuaciones que deben constar por escrito, debido que la emisión oral que realiza el Juez de Control del auto de apertura de juicio, con la cual concluye esta etapa, debe plasmarse en escrito, como lo ordena la fracción VI del artículo 67 del Código Único.

«La Ley Nacional Especializada en su artículo 135 indica que la etapa intermedia se integra de dos fases, una escrita y otra oral. La fase escrita inicia con el escrito de acusación que formula el Ministerio Público y comprenderá todos los actos previos a la celebración de la audiencia intermedia. La segunda fase da inicio con la celebración de la audiencia intermedia y culmina con el dictado del auto de apertura a juicio.

El legislador especializado al señalar las disposiciones que regulan la etapa intermedia realizó una distinción sobre la normatividad aplicable, lo cual resultaría justificable si la razón de ser derivara de la aplicación de los principios rectores del Sistema de Justicia Juvenil, sin embargo incurrió en yerros que en vez de optimizar y modular esta etapa en beneficio de los adolescentes, transgredió sus derechos colocándolos en desventaja sobre los imputados adultos e inclusive desprotegió a la víctima y afectó las facultades tanto del Ministerio Público como del asesor jurídico.»

II. Escrito de acusación del Ministerio Público

Una vez que el Ministerio Público declara cerrada la investigación complementaria, dentro del plazo fijado por el Juez de Control, le corresponde notificarlo a sus contrapartes así como informarlo al Juez de Control y acto seguido, debe decidir de acuerdo al resultado de su investigación, solicitar el sobreseimiento del asunto, la suspensión del procedimiento o formular acusación. Si elige acusar, será porque su investigación le arrojó información para solicitar una condena ante el Órgano de Enjuiciamiento.

El artículo 136 de la Ley Nacional Especializada se encarga de regular el contenido del escrito de acusación del Ministerio Público, en donde indica que una vez concluida la fase de investigación complementaria, si el Ministerio Público determina que la investigación aporta elementos para ejercer acción penal contra la persona adolescente presentará acusación³.

³ El Legislador especializado al estatuir que con la formulación de acusación el Ministerio Público ejerce la acción penal, pareciera que se aleja con la postura que el procedimiento inicia con la audiencia inicial, sin embargo no es así ya que al admitir la supletoria del Código Nacional sobre las etapas del procedimiento incurrió en la misma confusión de no distinguir entre imputación y acusación, puesto que

El artículo 136 de la Ley Nacional Especializada representa una réplica del artículo 335 del Código Nacional, al enumerar los requisitos que debe cubrir la acusación del Ministerio Público. La cual se explica que deba constar por escrito por su importancia, a fin de que el acusado pueda ejercer plenamente su derecho de defensa y a su vez, que la víctima tampoco tenga dudas sobre la pretensión del Ministerio Público.

La diferencia que existe entre los artículos 136 y 335, versa en que en el artículo 136 de la Ley Nacional Especializada precisa que el acusado o acusada que se individualiza, es una persona adolescente, que no refiere la fracción I del artículo 335 del Código Nacional; a su vez la fracción IX del artículo 335 del Código Nacional habla de pena y medida de seguridad en tanto que la fracción IX del artículo 136 de la Ley Nacional especializada se refiere a medidas de sanción; la fracción X del artículo 136 de la Ley Especializada al indicar la obligación del Ministerio Público de señalar en su escrito de acusación los medios de

cuando se lleva a cabo la primera el Ministerio Público aún sigue investigando sin pretender una sanción, lo cual busca cuando ya acusa a una persona por su intervención en la ejecución de un hecho delictuoso y solicita se le imponga una pena. *Cfr.* PONCE MARTÍNEZ, Jorge, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Roberto, PEREDO VALDERRAMA, Modesto, *op. cit.*, p. 456.

prueba que pretenda presentar para la individualización de las medidas de sanción, elimina la señalización de los medios de prueba relativos para solicitar la procedencia de los sustitutivos de la pena de prisión o suspensión de la misma, como lo indica la fracción X del artículo 335 del Código Nacional, lo que resulta justifica sólo respecto de la suspensión de la pena dado que en el Sistema de Justicia Juvenil no se prevé esa figura penal.

Sin embargo, el legislador especializado al imponer en la fracción I la obligación al Ministerio Público de individualizar a la persona adolescente acusada, olvidó que debe estar acompañado de su representante, ya sea su padre, madre o tutor. En este sentido, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, en el artículo 40, apartado 2, inciso B, sub inciso ii, señala que los Estados partes garantizarán en particular, que todo niño será informado sin demora y directamente o cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él. La propia Ley Nacional Especializada reconoce este derecho del adolescente en su artículo 42, al indicar que tiene el derecho de contar durante el procedimiento con la presencia de la persona que sea responsable de él, entendiéndose como tal quien o quienes ejerzan la patria potestad, custodia o tutela de la persona

adolescente (fracción XIX del artículo 3 de la Ley Nacional Especializada).

Acompañamiento que maximiza en el artículo 11, refiriendo que en el caso de que las personas adolescentes que carezcan de madre, padre o tutor o bien, estos no sean localizables, el Ministerio Público deberá dar aviso a la Procuraduría de Protección, quien ejercerá en su caso la representación en suplencia para salvaguardar sus derechos, que por cierto hasta el momento no se han instaurado estos procuradores y es el personal del Sistema de Desarrollo Integral de la Familia quien se hace cargo de esa representación, con independencia que inclusive el artículo 42 de la Ley Especializada instituye la figura de la persona de confianza, que podrá estar presente durante el procedimiento.

De esta forma, se advierte que el legislador omitió incluir como deber del Ministerio Público el individualizar en su acusación al representante del adolescente que debe acompañarlo en el juicio, lo cual es indispensable ya que estamos ante personas en desarrollo, que si bien, gozan de autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, tienen el derecho de estar acompañadas de su representante durante todo el proceso. La individualización del acusado no sólo implica señalar su nombre sino su edad, fecha de nacimiento, nombre de sus padres y nacionalidad, que representan los datos de identificación plena de una

persona⁴, información que debe quedar resguardada en sobre, en virtud de que se trata de una persona en desarrollo y que por ello debe quedar como anexo al escrito de acusación.

Respecto de la individualización de la víctima u ofendido, que menciona la fracción II del artículo 136 de la Ley Nacional Especializada, implica que el Ministerio Público, en la acusación, señale además de su nombre, apellidos y su domicilio de manera resguardada, su edad, máxime si se trata de una niña, niño o persona adolescente ya que en estos casos deberá indicar la persona que asistirá a la víctima u ofendido en el juicio, que fungirá como su representante, señalar los profesionistas que se requieran en su caso para apoyarlos de acuerdo a su especialidad inclusive si se trata de mayores de edad, según la naturaleza del delito y el grado de afectación que presente a consecuencia del suceso delictivo, con independencia que el Ministerio Público debe anotar también el nombre, apellidos y domicilio del asesor jurídico.

Por lo que toca a la relación de los hechos, la fracción III del artículo 136, impone al Ministerio Público que en su acusación deba ser circunstanciada y específica en modo, tiempo y lugar. Lo que se traduce en

⁴ Cfr. LARA GONZÁLEZ, Héctor, *La etapa intermedia en el proceso penal acusatorio*, Bosch, México 2014, p. 22.

que sea precisa, que no quede duda sobre su desarrollo y refiera la intervención que tuvo en su realización la persona acusada, a fin de que el acusado esté en condiciones de defenderse. Desde luego debe ajustarse al suceso que fue materia del auto de vinculación a proceso, como lo estatuye el penúltimo párrafo del artículo 136 de la Ley Nacional Especializada, aún cuando pueda modificarse su clasificación jurídica⁵.

En cuanto a las modalidades de los hechos materia de la acusación que mencionan la fracción IV del artículo 136, debe entenderse que son las *situaciones que rodean a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, determinando la modulación de la pena aplicable*⁶. En

⁵ El Magistrado Héctor LARA GONZÁLEZ, apunta que aun cuando la clasificación jurídica prácticamente está abierta durante las diversas fases del proceso, en la etapa intermedia la defensa puede promover la supresión del tipo penal, la extinción de la responsabilidad penal derivada del perdón del ofendido en los casos de delitos de querrela o por prescripción de la acción penal, entre otros. En todos estos casos, la clasificación jurídica que invocó el Ministerio Público en la acusación será la que rijan el debate respectivo, pues el Juez de Control, no puede reclasificar en ese momento como ocurre al dictar una orden de aprehensión o el auto de vinculación a proceso. Cfr. LARA GONZÁLEZ, Héctor, *op. cit.*, p.26.

⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal*,

justicia de adolescentes algunas de estas circunstancias inciden, en la procedencia de algún acuerdo reparatorio o de la suspensión de proceso a prueba. Respecto de las cuales adquiere singular importancia por lo que hace al delito de robo, ya que la calificativa de violencia física convierte al delito como susceptible de ser sancionado con internamiento, e impide la aplicación de soluciones alternas de acuerdo a una interpretación estricta de la Ley. No se prevé de manera expresa, en la justicia juvenil, un aumento o disminución de las medidas sancionadoras referenciadas a las modalidades que rodean al delito, como sí sucede, por lo general, en la justicia penal de adultos, en donde el legislador establece un aumento de sanción si se da una agravante, o señala una disminución a la sanción del delito de que se trata, si se actualiza una atenuante, en cambio en la justicia para adolescentes provocan una elevación o disminución de la gravedad del hecho o de la culpabilidad del adolescente, que se refleja tangencialmente en la sanción, de ahí que el Ministerio Público las debe precisar en su escrito de acusación, invocando la hipótesis normativa concreta, así como el dispositivo legal en donde se contiene.

Parte General, Editorial Tirant lo Blanch, España 2010, p. 477.

La fracción V del artículo 136 exige por parte del Ministerio Público la especificación de la forma en que intervino el adolescente en la perpetración del delito materia de la acusación, y que será en alguna de las previstas en el artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal.

La expresión de los preceptos legales aplicables, a que se refiere la fracción VI, resulta justificable dado que el Ministerio Público debe fundar cada una de sus peticiones, por lo cual debe cubrir esta exigencia no de manera global como pareciera que lo establece la fracción en comento sino de manera concreta al formular cada una de sus pretensiones contenidas en las diversas fracciones que refiere el artículo 136 a fin de sustentarlas en el marco de la ley cada una de ellas.

En la acusación el Ministerio Público, de acuerdo a la fracción VII debe realizar el señalamiento de los medios de prueba que pretenda ofrecer, al respecto si es un testimonio debe indicar el nombre del testigo, apellidos, su domicilio y modo de localizarlo, si es un niño, niña o adolescente debe individualizar a su representante y en su caso, a los profesionistas que lo asistirán durante su intervención; información que deberá ser resguarda en sobre anexo a la acusación y como cuestión primordial debe precisar la relevancia del medio de prueba, es decir, sobre que versará a fin de que en la audiencia intermedia se someta a debate su idoneidad, pertinencia e

inclusive su licitud conforme al artículo 346 del Código Nacional, de tal forma que la Defensa en el juicio conozca los aspectos sobre los cuales tratará el interrogatorio de estos medios de prueba se precisa que los puntos de prueba «cumplen un doble propósito desde la perspectiva del tribunal: sirven al juez de garantía para resolver temas de impertinencia y sobreabundancia; y sirven al tribunal de Juicio Oral en lo Penal para evitar que se cambie la naturaleza de la declaración a puntos distintos de aquellos respecto de los cuales fue presentado»⁷. Además que sobre la pericial debe previamente el Ministerio Público correr traslado a sus contrapartes el informe elaborado por el especialista, inclusive a la víctima, ofendido y asesor jurídico. Y respecto de la evidencia material además de describirla debe indicar con que persona (testigo o perito) la incorporará al juicio, al igual que los documentos.

En relación a la prueba anticipada que menciona la fracción VII, resulta desafortunado que exija al Ministerio Público que señale en su acusación la que se hubiese desahogado, ya que sólo debería ser aquella que le sirve para probar su

pretensión y que llevará a juicio, y no la totalidad de la prueba anticipada que se hubiese practicado, ya que en su caso la obligación que tiene al respecto es en relación al descubrimiento probatorio de la misma pero no de incluirla en su acusación⁸.

Por otra parte, el Ministerio Público al abordar en su acusación el monto de la reparación del daño, a que se refiere la fracción VIII, debe indicar en qué consiste el daño causado a la víctima u ofendido, así como su monto y los medios de prueba que pretende ofrecer para tal efecto, por ello debe además de precisar las hipótesis que señalan los artículos 42 y 45 del Código Penal, que se refieren al alcance de la reparación del daño y las personas que tienen derecho a ella.

El Ministerio Público de acuerdo a la fracción IX, tiene el deber de solicitar en su acusación la sanción a imponer al adolescente, de manera precisa, sobre todo si peticiona la de internamiento, si el delito es susceptible de ser sancionado con esa medida, lo cual desde luego no vincula al Órgano de Enjuiciamiento, ya que la imposición de las sanciones es facultad exclusiva de la autoridad judicial, conforme al artículo 21 Constitucional, con la limitante que no puede imponer una más gravosa

⁷ BLANCO SUÁREZ, Rafael, Decap FERNÁNDEZ, Mauricio, MORENO HOLMAN, Leonardo y ROJAS CORRAL, Hugo, *Litigación Estratégica, en el Nuevo Proceso Penal*, Editorial Legal Publishing, Chile 2008, pp.113.

⁸ Coincidimos en este punto con lo apuntado por el Magistrado Héctor LARA GONZÁLEZ. *Cfr. Op. cit.*, p. 32.

que la solicitada por el Ministerio Público.

Para efecto de la determinación de la sanción en el modelo acusatorio se prevé la celebración de una audiencia específica para la individualización de las penas, la cual también debe llevarse a cabo en justicia para adolescentes a fin de establecer la medida sancionadora una vez que más allá de toda duda razonable se condene a la persona adolescente responsable del hecho delictivo, esta audiencia en la justicia juvenil tiene especial relevancia en virtud de que al no preverse sanciones específicas para cada delito sino que el juez debe elegir de un abanico de medidas sancionadoras la que imponga de acuerdo a los parámetros que marca el artículo 148 de la Ley Nacional Especializada dentro de los cuales sobresale el tomar en consideración las circunstancias personales del adolescente, sumada a las de ejecución del suceso delictivo, lo que exige por parte del Ministerio Público que realice un ofrecimiento de medios de prueba que sustenten su petición sancionadora en la acusación, sobre todo si la sanción que solicite es la de internamiento. Cabe precisar que la Ley Nacional Especializada prevé la posibilidad de sustituir esa sanción en los casos previstos en el artículo 148 en relación con los numerales 208 y 209.

Por otra parte, cuando el Ministerio Público peticiona el

decomiso conforme a la fracción XI del artículo 136 de la Ley Nacional Especializada, debe indicar en su acusación de forma precisa si se tratase de un bien asegurado que representa un objeto, instrumento o producto del delito y fundamentarlo en el artículo 53 del *Código Penal para el Distrito Federal*.

«...se prevé la celebración de una audiencia específica para la individualización de las penas, la cual también debe llevarse a cabo en justicia para adolescentes a fin de establecer la medida sancionadora una vez que más allá de toda duda razonable se condene a la persona adolescente responsable del hecho delictivo, esta audiencia en la justicia juvenil tiene especial relevancia en virtud de que al no preverse sanciones específicas para cada delito sino que el juez debe elegir de un abanico de medidas sancionadoras la que imponga de acuerdo a los parámetros que marca el artículo 148 de la Ley Nacional Especializada...»

En cuanto a la propuesta de acuerdos probatorios que realice el Ministerio Público en su acusación que menciona la fracción X, se refiere a los hechos que siendo materia de la vinculación a proceso, acuerda con las partes que se tengan por demostrados en el juicio y así delimitarlos de los que serán materia de prueba en la audiencia de juicio, sin embargo ese acuerdo debe ser revisado por el Juez de Control a fin de verificar en la audiencia intermedia si efectivamente llevaron a ese acuerdo probatorio las partes, si tiene sustento en los datos de prueba que obren en la carpeta de investigación, así por ejemplo el Ministerio Público puede proponer tener por probada la causa de la muerte en un homicidio, o el lugar en donde aconteció el suceso, y que las demás circunstancias del acontecimiento sean materia del prueba en el juicio.

Finalmente llama la atención la fracción XIII del artículo 136 de la Ley Nacional Especializada en donde autoriza al Ministerio Público que solicite alguna forma de terminación anticipada del proceso cuando proceda, lo cual pareciera que se refiere al procedimiento abreviado, sin embargo la Ley Especializada no desarrolla el procedimiento abreviado en ninguno de sus dispositivos, pero la Primera Sala de Justicia para Adolescentes del Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad, ya se pronunció sobre su procedencia, en atención al criterio jurisprudencial

2ª/J.34/2013, emitido por la Segunda Sala de la Suprema de Justicia de la Nación, en la Décima Época, con número de registro 2003161, tema de suma importancia y que rebasa los alcances del presente artículo, empero resulta indispensable dejar asentado que la Primera Sala de Justicia para Adolescentes dejó patente que:

...dada la especialidad del sistema, en el procedimiento abreviado, el Juzgador funge como órgano de control para que se respete el debido proceso y no se vulneren los derechos procesales de las partes, con especial atención a garantizar el interés superior del adolescente ante lo modalizado del procedimiento. Por lo cual además de verificar que se actualicen cabalmente todos los presupuestos jurídicos previstos en los artículos 205 y 206 del Código Nacional, la imposición de la medida no puede ser arbitraria o impuesta al capricho, por lo cual debe considerarse como margen mínimo 3 meses, que es el parámetro mínimo que prevé la ley Especializada, asimismo el Juez debe revisar que la medida de sanción propuesta por el Ministerio Público y que el acusado haya aceptado sea acorde a los principios de proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de la medida, y considerar la edad del adolescente, sus circunstancias personales, familiares y sociales, así como a los esfuerzos del adolescente para reparar los daños ya que no debe perder de vista la finalidad socio

pedagógica de la medida, por lo cual el Juzgador no pierde el control para determinar la medida⁹.

«El Código Nacional de Procedimientos Penales en el artículo 336 preceptúa que una vez presentada la acusación, el juez de control ordenará su notificación a las partes al día siguiente. Con la notificación se les entregará copia de la acusación. Lo cual no contempla la Ley Nacional Especializada y por ello coloca en una situación de desigualdad al adolescente acusado respecto de una persona adulta acusada, puesto que como se ha expuesto, la Ley Especializada señaló que la fase escrita de la etapa intermedia se rige por las disposiciones que establece en el capítulo que destina a esa etapa.»

⁹ Cfr. Ejecutoria emitida el 16 de diciembre de 2016 en el Toca NSJPA-189/2016, por la Primera Sala de Justicia para Adolescentes del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

III. Plazos para la presentación de los escritos de las partes en la etapa escrita

El *Código Nacional de Procedimientos Penales* en el artículo 336 preceptúa que una vez presentada la acusación, el juez de control ordenará su notificación a las partes al día siguiente. Con la notificación se les entregará copia de la acusación. Lo cual no contempla la Ley Nacional Especializada y por ello coloca en una situación de desigualdad al adolescente acusado respecto de una persona adulta acusada, puesto que como se ha expuesto, la Ley Especializada señaló que la fase escrita de la etapa intermedia se rige por las disposiciones que establece en el capítulo que destina a esa etapa.

También genera desequilibrio entre las partes, en relación a la computación de los plazos que le señala para presentar sus escritos, que es la esencia de esta fase, puesto que en el artículo 133 estatuye que el plazo que tiene el Ministerio Público para formular acusación, es de cinco días naturales. En tanto que en el artículo 137 otorga a la víctima, ofendido o su asesor jurídico cinco días para expresarse sobre la acusación del Ministerio Público. Por otra parte, su artículo 138 concede al adolescente y a su Defensor un plazo de cinco días hábiles para presentar su escrito de contestación a la acusación ministerial.

De donde se advierte que el legislador aun cuando les concede a

cada una de las partes el plazo de cinco días para presentar sus escritos, incurrió en una inconsistencia y en un trato desigual para las partes respecto de la forma de computarlos, al regularlos de manera diversa, ya que para el Ministerio Público, son naturales, por tanto le incluyen sábados, domingos y días feriados, en tanto que para el adolescente y el defensor, son hábiles, por lo cual para ellos no cuentan los fines de semana, ni los días feriados a diferencia del Ministerio Público y para la víctima u ofendido y su asesor jurídico, el legislador no lo especificó, en virtud que para estos últimos sólo dijo cinco días, sin precisar si eran hábiles o inhábiles.

Lo que quebranta el principio de igualdad ante la ley, contenido en el artículo 10 del Código Nacional, conforme al cual las personas que intervienen en el procedimiento penal recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades.

Finalmente con el escrito que presente el ofendido, la víctima o su asesor jurídico en relación a la acusación ministerial, el juez de control debe correrle traslado al Ministerio Público como al acusado y a su Defensor, contando la Representación Social con tres días, sin precisar el artículo 137 de la Ley Nacional Especializada si son hábiles o naturales, para pronunciarse sobre el contenido del escrito de la víctima, ofendido o su asesor jurídico, ante tal omisión deberá entenderse que son

días hábiles para ir acorde a la regla general sobre la computación de plazos y lo cual será lo más conveniente que lo precise el juez de control en el proveído en el que ordena realizar el traslado del ocurso en comento.

«El descubrimiento probatorio consiste en la obligación que tienen las partes entre sí de dar a conocer a su contraria, previo al juicio oral, los medios de prueba que pretendan llevar a juicio. Esta obligación para el Ministerio Público implica el acceso y copia de todos los registros de la investigación, así como a los lugares y objetos relacionados con ella, incluso de aquellos elementos que no ofrecerá como medio de prueba en el juicio.»

IV. Descubrimiento Probatorio

Derivado de que la Ley Nacional Especializada no admite la supletoria del Código Nacional en la fase escrita de la etapa de preparación a juicio, provoca una desigualdad entre las partes, también en cuanto al descubrimiento probatorio en su artículo 139, de donde se desprende que al parecer sólo le impone el deber de realizar el descubrimiento probatorio del Ministerio Público y de la Defensa, no así a la víctima, ofendido y su asesor jurídico.

El descubrimiento probatorio consiste, de acuerdo a este numeral, en la obligación que tienen las partes entre sí de dar a conocer a su contraria, previo al juicio oral, los medios de prueba que pretendan llevar a juicio. Esta obligación para el Ministerio Público implica el acceso y copia de todos los registros de la investigación, así como a los lugares y objetos relacionados con ella, incluso de aquellos elementos que no ofrecerá como medio de prueba en el juicio. Y aun cuando se precisa que esta obligación la tiene el Ministerio Público a partir del momento en que la persona adolescente se encuentra detenida, cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarla o antes de su primera comparecencia ante el Juez, no precisa, como si lo hace el artículo 337 del Código Nacional, que esa obligación una vez que surge por los supuestos apuntados, es continua, así como permitir el acceso al imputado o a su defensor a los

nuevos elementos que surjan en el curso de la investigación salvo las excepciones que precisa el propio Código.

Respecto de la Defensa, apunta el artículo 139 de la Ley Nacional Especializada, que consiste en la entrega material a las demás partes, esto es al Ministerio Público, a la víctima, ofendido y su asesor jurídico, de copia de los registros con los que cuente y que pretenda ofrecerlos como medios de prueba para ser desahogados en el juicio y acota que tratándose de la prueba pericial, el Defensor debe anunciar su ofrecimiento al momento de descubrir los medios de prueba a su cargo, y el informe respectivo deberá ser entregado a las demás partes, a más tardar en la audiencia intermedia. Esta excepción que prevé la Ley Especializada de la prueba pericial no la contempla el Código Nacional ya que señala de manera más equitativa sobre este tema que en el caso de que el acusado o su defensor requieran más tiempo para preparar el descubrimiento, podrán solicitar al juez de control, antes de celebrarse la audiencia intermedia o en la misma audiencia, les conceda un plazo razonable y justificado para tales efectos, lo cual resulta acorde al principio de igualdad de partes ya que aun cuando sólo a la defensa se le da la oportunidad de solicitar un plazo mayor para realizar su descubrimiento probatorio que al Ministerio Público, a la víctima, u

ofendido y al asesor jurídico, puesto que no tiene la misma infraestructura que la de su oponente, que es representante de la sociedad, el Código Nacional resguarda de mejor manera el equilibrio de las partes, ya que procura que cuando se realice el debate de la admisión de pruebas, todas las partes hayan realizado el descubrimiento probatorio, en tanto que la Ley Nacional Especializada pone en ventaja a la defensa al autorizar que en la audiencia exhiba el informe pericial, por lo cual de darse esa situación, el Ministerio Público, podría solicitar la suspensión de la audiencia a efecto de imponerse de manera cabal del contenido de ese medio de prueba.

Por otra parte, el artículo 139, guarda silencio sobre el descubrimiento probatorio a cargo de la víctima u ofendido o su asesor jurídico ya que no lo menciona, sino sólo se refiere al del Ministerio Público y la defensa, con lo cual se transgrede el principio de igualdad entre las partes contenido en el artículo 11 del Código Nacional, conforme al cual se garantiza a las partes, en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de los derechos previstos en la Constitución, los tratados y las leyes que de ella emanen, en consecuencia el aplicar de manera textual el dispositivo en comento implicaría que el Ministerio Público, la defensa y el acusado no tendrían la oportunidad de conocer los medios de prueba que pretenda

ofrecer la víctima u ofendido o su asesor jurídico, que haría nugatorio además su derecho a la contradicción, lo que provocaría que las pruebas ofrecidas por la víctima, el ofendido y el asesor jurídico no fueran admitidas ya que no podría debatirse sobre su pertinencia, relevancia e idoneidad, así como de su licitud, al no conocerlas sus contrapartes. Como indica el Magistrado Héctor LARA GONZÁLEZ; «la igualdad procesal llega a su cima, cuando el Código obliga a cada una de las partes a descubrir a su contraria las armas procesales con las que pretende llegar a debatir a la audiencia de juicio. Mayor igualdad procesal no es imaginable»¹⁰. Lo que desatendió la Ley Nacional Especializada al no ocuparse del descubrimiento probatorio de la víctima, ofendido o su asesor jurídico. De ahí que es necesario que el juez de control en una actitud proactiva como garante de las reglas del debido proceso retome las disposiciones del Código Nacional en el descubrimiento probatorio y no se limite a la Ley Nacional Especializada a fin de asegurar la igualdad procesal entre las partes, al margen de la postura de quien sostiene que no cabe un descubrimiento por parte de la víctima, ofendido o su asesor jurídico, en virtud de que de acuerdo al párrafo primero del artículo 21

¹⁰ LARA GONZÁLEZ, Héctor, *op.cit.*, p.42.

Constitucional, «los únicos que podrían realizar una investigación para la acusación son la policía, y el Ministerio Público, siendo este el último el conductor de la misma»¹¹. Sin embargo bajo esa óptica los intervinientes en comento no tendrían inclusive la oportunidad de ofrecer medios de prueba, lo cual sí autoriza la Ley Nacional Especializada, por ello resulta un desatino que no prevé la obligación de realizar el descubrimiento probatorio, y que inclusive no les exige a la víctima u ofendido que se constituyan como coadyuvantes del Ministerio Público, lo que no deja de llamar la atención puesto que en nuestro País, el Ministerio Público salvo excepciones es el titular de la acción penal, y por ello en su caso se requería que lo hicieran además constituyéndose como coadyuvantes.

V. Participación de la víctima, ofendido y el asesor jurídico en la fase escrita de la etapa de preparación a juicio

La Ley Nacional Especializada admite que estos intervinientes señalen en su escrito, además de vicios de naturaleza formal, también los de naturaleza material de la acusación y proponer su corrección; ofrecer medios de prueba para complementar la acusación del Ministerio Público,

así como para acreditar la existencia y el monto de los daños y perjuicios, de lo cual se advierte que incurre en un gran yerro al autorizar a la víctima, ofendido y al asesor jurídico a precisar vicios materiales de la acusación. Bajo el modelo adoptado en el Código Nacional, regla marco del sistema de corte acusatorio adoptado por nuestro país, no es posible subsanar vicios sustanciales como son los materiales, en la audiencia intermedia¹², puesto que se traduce en autorizar al juez de control en entrar al fondo del asunto y realizar una aplicación del derecho sustantivo al caso concreto en la etapa intermedia, que implicaría que el juez de control en esa etapa realizara una valoración de los datos de prueba para los efectos de corregir la acusación, como sería pronunciarse sobre una causa de exclusión del delito, lo que desnaturaliza la materia de la audiencia que es la depuración de hechos y de medios de prueba, esencialmente conforme al reglamentación del Código Nacional. Ahora, de aceptar lo establecido por

¹¹ PONCE MARTÍNEZ, Jorge, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Roberto, PEREDO VALDERRAMA, Modesto, *op. cit.*, p. 463.

¹² Sucede lo mismo en Chile, al respecto se señala que «La aplicación del principio acusatorio formal se traduce en que no es posible para el juez ejercer un control de fondo sobre los fundamentos de la acusación. Sólo corresponde al Juez de garantía ejercer un control de carácter formal depurando en particular las evidencias que pueden constituirse en prueba en el juicio oral». *Op. Cit.* BLANCO SUÁREZ, Rafael, *et al.*, pp.114.

la Ley Nacional Especializada en el artículo 137 que se comenta, implicaría dar a la víctima, el ofendido y al asesor jurídico una ventaja sobre el acusado y su Defensor, que en principio serían los primeros interesados de hacer notar vicios materiales de la acusación y que no los autoriza la Ley Nacional Especializada.

«Junto a estos modelos se suma el adoptado por México, en donde después de concluir la etapa de investigación complementaria, que tiene como objeto obtener datos de prueba relevantes, pertinentes e idóneos, así como lícitos para sustentar una acusación en contra del imputado por un hecho que la ley señala como delito, se crea una etapa de preparación al juicio o intermedia, para realizar un control únicamente formal de la acusación, establecer los medios de prueba que se desahogarán y los hechos materia del juicio, así como resolver algunas incidencias que pueden eventualmente producir el sobreseimiento del asunto que no implican analizar el fondo del asunto sino propiamente el análisis de cuestiones procesales que de resultar procedentes impedirán la continuación del proceso.»

Dentro de los diversos modelos que existen en el derecho comparado, de control de la acusación, México al igual que Chile optó por el control sólo formal y no sobre su mérito respecto del resultado de la investigación complementaria, sólo se autoriza la corrección de los vicios formales que pudiera presentar, tales como pedir al Ministerio Público que se ajuste a los hechos materia de la vinculación a proceso, que corrija algún nombre de los testigos, o precise alguna hipótesis de la calificativa que mate el evento. Indica HORVITZ que:

...existen tres modelos de control de la acusación en el derecho comparado. En el primero se llega a juicio sin que la Defensa cuente con la facultad de opinar sobre la acusación antes del juicio, sólo puede invocar eventos que paralizan temporalmente el procedimiento o provocan el sobreseimiento definitivo del asunto, que es lo que sucede en disposiciones de corte inquisitivo. En el segundo modelo existe un control de la acusación que sólo se produce por un acto de oposición de la Defensa a la apertura del juicio, sino se actualiza, se pasa directo a juicio y el tercer modelo en donde la acusación siempre es evaluada en su mérito, con independencia de la eventual oposición de la Defensa, en el que el Juez puede rechazar la acusación en el caso de insuficiencia del sustento para realizar un juicio. En

estos sistemas, el control judicial de la acusación es un instrumento para evitar la arbitrariedad de la actuación del Fiscal¹³.

Junto a estos modelos se suma el adoptado por México, en donde después de concluir la etapa de investigación complementaria, que tiene como objeto obtener datos de prueba relevantes, pertinentes e idóneos, así como lícitos para sustentar una acusación en contra del imputado por un hecho que la ley señala como delito, se crea una etapa de preparación al juicio o intermedia, para realizar un control únicamente formal de la acusación, establecer los medios de prueba que se desahogarán y los hechos materia del juicio, así como resolver algunas incidencias que pueden eventualmente producir el sobreseimiento del asunto que no implican analizar el fondo del asunto sino propiamente el análisis de cuestiones procesales que de resultar procedentes impedirán la continuación del proceso, en este sentido la Ley Nacional Especializada supera al Código Nacional al facultar al adolescente así como al Defensor, expresamente, en hacer en su escrito de contestación excepciones de previo y especial pronunciamiento como son las cuestiones de competencia, falta de un requisito de procedibilidad, la

prescripción de la pretensión punitiva, la existencia de una litispendencia y cosa juzgada. De ahí que resulta inexacto, que establezca la Ley Nacional Especializada la posibilidad de que al ofendido, la víctima y su asesor jurídico se les autorice señalar vicios materiales de la acusación por escrito, en la fase escrita de la preparación a juicio, ya que genera una desigualdad en el trato que le da en este tema al acusado y su Defensor. Por lo cual, el Juez Especializado debe acotar la corrección de los vicios materiales que le propongan, en su caso, la víctima, el ofendido y su asesor para sólo autorizar la propuesta de la corrección de los vicios formales de la acusación y subsanar con ello el yerro en el incurrió el Legislador Especializado en este tema.

Por otra parte, si nos ajustamos al texto literal de los artículos 137 y 138 de la Ley Nacional Especializada significaría que la víctima, el ofendido, el asesor jurídico, el acusado, así como la Defensa, sólo pueden solicitar la corrección de los vicios formales de la acusación, en sus respectivos escritos que deben presentar en la fase escrita de la preparación a juicio, lo que los coloca en una situación de desigualdad, ante las partes relacionadas, sobre todo respecto del acusado adulto y el Defensor en los procesos de los acusados adultos, en virtud de que la fracción I del artículo 340 del Código Nacional autoriza al acusado o a su

¹³ Cfr. HORVITZ LENNON, María Ines, LÓPEZ MASLE, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 2008, pp. 9-13.

Defensor a señalar los vicios formales, incluso en la audiencia intermedia, lo que muestra de nueva cuenta que la Ley Nacional Especializada en este punto transgrede el principio de igualdad ante la ley, contenido en el artículo 10 del Código Nacional, por representar un acto discriminatorio, con independencia que la fracción II del artículo 338 del Código Nacional al señalar el momento en que la víctima u ofendido y su asesor jurídico pueden presentar vicios formales de la acusación, incurre en el mismo yerro al limitar a esta parte a señalar vicios formales hasta antes de la audiencia intermedia, lo que también violenta el principio de igualdad de las partes contenido en el artículo 11 del Código Nacional ya que sí autoriza al acusado o Defensor a precisarlos en la audiencia intermedia.

VI. Citación a la audiencia intermedia

La etapa intermedia en su fase escrita, concluye con el señalamiento de la fecha para que se lleve a cabo la audiencia intermedia, la que indica el artículo 140 de la Ley Nacional Especializada, deberá tener lugar en un plazo que no podrá ser menor a tres ni exceder de cinco días. En consecuencia una vez que concluye el plazo que tiene la Defensa para contestar la acusación empieza a correr el fijado para la celebración de la audiencia intermedia, el cual también el Legislador no se ocupó de

indicar si incluía días hábiles o inhábiles, por lo cual el juez de control debe establecerlo.

«Los procesos de los adolescentes en conflicto con la ley a partir del 2005 han estado en una etapa de transición, la cual con la reciente entrada en vigor de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, continúa ya que su promulgación buscó que se unificarán a nivel nacional, los aspectos sustantivos como procesales que conforman el Sistema Integral de la Justicia para Adolescentes y aun cuando se tenía una gran expectativa sobre esta normatividad vemos que todavía existe un camino que recorrer para ajustarla a los principios que caracterizan el sistema especializado y al modelo de enjuiciamiento acusatorio que se integra por varias etapas...»

Conclusión

Los procesos de los adolescentes en conflicto con la ley a partir del 2005 han estado en una etapa de transición, la cual con la reciente entrada en vigor de la *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes*, continúa ya que su promulgación buscó que se unificarán a nivel nacional, los aspectos sustantivos como procesales que conforman el Sistema Integral de la Justicia para Adolescentes y aun cuando se tenía una gran expectativa sobre esta normatividad vemos que todavía existe un camino que recorrer para ajustarla a los principios que caracterizan el sistema especializado y al modelo de enjuiciamiento acusatorio que se integra por varias etapas, entre las que esta la llamada intermedia, que se caracteriza por su contenido técnico y complejo, la cual el Legislador de manera inadecuada reguló y por ello exige del Juzgador Especializado una mayor participación para garantizar los derechos de los adolescentes.

Fuentes consultadas

Bibliografía

BLANCO SUÁREZ, Rafael, Decap
FERNÁNDEZ, Mauricio, MORENO
HOLMAN, Leonardo y ROJAS
CORRAL, Hugo, *Litigación
Estratégica, en el Nuevo Proceso
Penal*, Editorial Legal
Publishing, Chile 2008.

HORVITZ LENNON, María Ines, LÓPEZ
MASLE, *Derecho Procesal Penal
Chileno*, Tomo II, Editorial
Jurídica de Chile, Santiago de
Chile 2008.

LARA GONZÁLEZ, Héctor, *La etapa
intermedia en el proceso penal
acusatorio*, Bosch, México 2014.

PONCE MARTÍNEZ, Jorge, HERNÁNDEZ
MARTÍNEZ, Roberto, PEREDO
VALDERRAMA, Modesto, *Código
Nacional de Procedimientos
Anotado* (Notas, doctrina,
normatividad constitucional e
internacional, jurisprudencia
corte interamericana y tesis
nacional), Editorial Dadbruk,
E&A, marzo 2016, Ciudad de
México

MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA
ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal*,
Parte General, Editorial Tirant lo
Blanch, España 2010.

TIRADO GUTIÉRREZ, María del Rosario,
«El reconocimiento de personas
en el Código de Procedimientos
Penales», *Nova Iustitia Revista
Digital de la Reforma Penal*, año II,
número 8, agosto de 2014, Poder
Judicial del Distrito Federal,
México, disponible en:
[\[http://www.poderjudicialdf.gob
.mx/work/models/PJDF/Resourc
e/1918/13/images/Revista Nova
Iustitia Agosto 20141.pdf\]](http://www.poderjudicialdf.gob.mx/work/models/PJDF/Resource/1918/13/images/Revista_Nova_Iustitia_Agosto_20141.pdf),
consultado en 2017-07-10.

Legislación

Constitución Política de los Estados
Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos
Penales.

Ley General de Víctimas.

Ley Nacional del Sistema Integral de
Justicia para Adolescentes.

Convención de los Derechos del Niño.

Directrices sobre la justicia en asuntos
concernientes a los niños
víctimas y testigos de delitos.

JUSTICIA RESTAURATIVA (OBJETIVO, PRINCIPIOS Y ETAPAS)

Martín Gerardo RÍOS CASTRO*

SUMARIO: Introducción; I. Definición; II. Antecedentes; III. Objetivos; IV. Principios; V. Etapas; Conclusiones; Fuentes consultadas.

Resumen

Desde sus inicios, la justicia restaurativa ha demostrado invariablemente su eficacia en la solución de controversias en el orden penal, en cuanto a la reparación del daño a favor de la víctima, la reconciliación entre la víctima y el agresor, así como en la sanación del tejido social dañado con el delito. Con la implementación del sistema procesal acusatorio en México, es impostergable que se conceda a la justicia restaurativa, la oportunidad de ocupar el importante lugar que le corresponde, dentro del marco de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Palabras Clave

Justicia restaurativa, solución de conflictos, víctima, reparación del daño, reconciliación, recomposición del tejido social, prevención del delito, paz social.

Introducción

Este trabajo es un pequeño esbozo acerca de la justicia restaurativa; en el que se plantean las bondades de esta valiosa herramienta en la solución de controversias en materia penal. Se consideran los orígenes de esta particular y eficaz manera de solventar los conflictos penales; esto desde el primer caso del que se tiene registro en la historia jurídica, pasando por los instrumentos internacionales que han ido moldeando y evolucionando dicha figura, hasta convertirla en una modalidad que la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, recomienda implementar y establecer en los sistemas de justicia penal de los Estados miembros; asimismo se anotan las

* Profesor de *Educación Primaria* por la Escuela Nacional de Maestros; Licenciatura en *Derecho*, por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Ha tomado diversos cursos y diplomados en materia de *Derechos Humanos*, de entre los cuales el más reciente en 2015 por la Universidad Complutense de Madrid, así como en Sistema Procesal Penal Acusatorio, el más reciente en el año 2016 por el Instituto de Estudios Judiciales de San Juan, Puerto Rico. Forma parte del claustro de profesores de varias instituciones de divulgación jurídica. Actualmente es Juez de Control del Sistema Procesal Penal Acusatorio del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

normas jurídicas que recogen en forma general, la justicia restaurativa en México, y en particular, en la Ciudad de México.

También, someramente se explican cuáles son los objetivos fundamentales de la justicia restaurativa; aquí se hace hincapié en que ésta persigue en última instancia, la no revictimización y la atención a la víctima del delito, en lo atinente a sus intereses y objetivos, la reconciliación de las partes en conflicto y la restauración del tejido social dañado, a través de la intervención directa de los involucrados, sus familias y miembros de la comunidad, a quienes haya impactado de algún modo, el hecho ilícito.

Asimismo se desarrollan los principios que permean la aplicación e implementación de procesos de justicia restaurativa; en cuanto a este tema, es importante asentar que se exponen tanto los principios que contiene la ley mexicana en esta materia, como los que la doctrina menciona. Al reflexionar al respecto, denotamos que no existe discrepancia o incongruencia entre los mismos, sino que por el contrario, unos con otros se complementan, haciendo más robusta la base de la metodología de los procesos restaurativos y más eficaces sus resultados.

Por último, se establecen cuáles son las etapas que comprenden los procesos de justicia restaurativa, con la misma mecánica seguida al abordar los principios de la justicia

restaurativa, aquí se desglosa cada una de las fases de esta metodología de solución de conflictos penales, primero se explica desde la postura doctrinal, para después apuntar lo que refiere la legislación nacional; infiriéndose que ambas posturas son similares y que válidamente se puede acudir complementariamente a una y a otra, sin que por ello se desvirtúe o desnaturalice la esencia de la justicia restaurativa.

Si con lo expuesto, el lector comprende con sencillez, la generosidad de la aplicación de procesos de justicia restaurativa, y por consiguiente que es altamente recomendable que se acuda a esta metodología de solución de controversias en el sistema de justicia penal, habrá cumplido con creces su humilde objetivo.

I. Definición

En relación a la justicia restaurativa, encontramos múltiples definiciones que pretenden delimitar su contenido, enseguida anotamos algunas que resultan interesantes:

Para la Oficina de las NACIONES UNIDAS, «La justicia restaurativa es una metodología para solucionar problemas que, de varias maneras, involucra a la víctima, al ofensor, a las redes sociales, las instituciones judiciales y la comunidad»¹.

¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Manual sobre*

Así denotamos, que la justicia restaurativa es una metodología para solucionar problemas; lo cual nos revela su fin esencial, es decir, la solución de conflictos, a lo cual añadimos que, esos problemas provienen de la comisión de un hecho que la ley penal, señala como delito.

La magistrada Emma MEZA FONSECA, afirma que:

La justicia restaurativa es un proceso donde las partes involucradas resuelven de manera colegiada cómo tratar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro, estimulando la capacidad del colectivo para resolver sus conflictos a través del diálogo pacífico y generando en la comunidad un ambiente de civilidad, en donde cada persona asuma la plena responsabilidad de sus actos; lo cual incrementa la satisfacción de la víctima y reduce el índice de criminalidad².

En este sentido, denotamos que la justicia restaurativa, ciertamente es un proceso, al que acuden las partes entre quienes existe un problema, para solucionarlo, efectuándolo a través del diálogo pacífico.

Programas de Justicia Restaurativa, NACIONES UNIDAS, Austria 2006, p. 6.

² MEZA FONSECA, Emma, «Hacia una justicia restaurativa en México», *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Instituto de la Judicatura Federal, Formas e Imágenes, S.A de C.V., número 18, México Julio 2004, p. 196.

En la obra *Justicia Alternativa y el Sistema Acusatorio*, de una manera concentradora, se establece que la justicia alternativa es, una corriente del derecho penal de intervención mínima que integra un conjunto de procedimientos voluntarios, flexibles y cooperativos en los que participan los protagonistas del conflicto penal, directa o subrogadamente uno o varios facilitadores y cuando resulta necesario los familiares, amigos, ciudadanos y representantes de instituciones públicas, privadas y sociales con el fin de atender las necesidades prosociales e intereses de la víctima, del delincuente y de la comunidad y de contribuir a su reintegración social para alcanzar la seguridad ciudadana, el orden público y la paz social³.

Referente a esta definición, encontramos que la justicia restaurativa es una corriente del derecho penal de intervención mínima, con la participación de los protagonistas del conflicto penal, con la finalidad de atender las

³ BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía *et al.*, *Justicia alternativa y el sistema acusatorio*, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, Secretaría de Gobernación, México, p.141, disponible en:

[\[http://148.202.89.14/laboratoriojuiciosorales/sites/default/files/bibliografía/DGEPN-16JusticiaAlternativaySistemaAcusatorio.pdf\]](http://148.202.89.14/laboratoriojuiciosorales/sites/default/files/bibliografía/DGEPN-16JusticiaAlternativaySistemaAcusatorio.pdf), consultado en: 2017-07-16.

necesidades prosociales e intereses de la víctima, del delincuente y de la comunidad.

Con lo anterior, se afirma que la justicia restaurativa es una parte del derecho penal que pretende solucionar conflictos, con la participación de los involucrados en la problemática, que busca la atención de las necesidades e intereses de la víctima, del justiciable y de la comunidad.

«Referente a esta definición, encontramos que la justicia restaurativa es una corriente del derecho penal de intervención mínima, con la participación de los protagonistas del conflicto penal, con la finalidad de atender las necesidades prosociales e intereses de la víctima, del delincuente y de la comunidad.

Con lo anterior, se afirma que la justicia restaurativa es una parte del derecho penal que pretende solucionar conflictos, con la participación de los involucrados en la problemática, que busca la atención de las necesidades e intereses de la víctima, del justiciable y de la comunidad.»

II. Antecedentes

Enseguida, se esbozan los principales antecedentes legales de la justicia restaurativa.

II.1. Antecedentes internacionales

Resulta oportuno establecer que los inicios de la justicia restaurativa de los que se tienen registro, se remontan al año de 1974, en Kitchener, una ciudad del sur de la provincia de Ontario, en Canadá; cuando dos adolescentes acuchillaron las llantas de coches, quebraron ventanas y causaron daños a diferentes propiedades, en una noche de vandalismo y embriaguez, causando un daño por \$2,200.00 dólares, y por los cuales se declararon culpables en la Corte. Ahí un agente del departamento de libertad condicional y sus compañeros del Centro Menonita de Ontario, comentaron con el juez, la idea de que los jóvenes implicados respondieran cara a cara, a cada una de las personas afectadas, a lo que la autoridad accedió. Una vez que escucharon a las víctimas, los jóvenes se comprometieron a restituir los daños y al cabo de seis meses, ya se había terminado de pagar lo acordado⁴.

A partir del resultado exitoso, se multiplicaron los programas que buscaban la reconciliación entre la

⁴ Cfr. CARRANZA, Elías (coord.), *Justicia Penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, Ed. Siglo XXI, México 2001, p. 222.

víctima y el justiciable, y al hacerse sistémicos, se estableció la justicia restaurativa, bien como parte del proceso penal, ya como alternativa al mismo.

Entre los antecedentes internacionales, tenemos los siguientes:

II.1.1. Reglas Mínimas de las NACIONES UNIDAS sobre Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio)

Se adoptaron por la Asamblea General de la ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (en adelante ONU), en la resolución 45/110, en fecha 14 de diciembre de 1990.

En los primeros preceptos de este instrumento, se abordan los fines fundamentales de su concreción, y en su numeral 1.1 establece: «Las presentes Reglas mínimas contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión.»

Denotamos que el fin principal de estas Reglas, es la búsqueda de la aplicación de medidas alternativas a la prisión, en el procedimiento penal.

El punto 1.2 del instrumento que nos ocupa, es del siguiente tenor: «Las Reglas tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como

fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad.»

En este tema, sobresale que el objeto de este instrumento internacional es impulsar y favorecer la participación de los integrantes de la comunidad en la gestión de la justicia penal, por supuesto, en lo tocante al tratamiento del justiciable, y propiciar en este, la conciencia de su responsabilidad frente a la sociedad en la que interactuó negativamente. En este rubro, es importante resaltar que para este acuerdo internacional, es trascendente la participación de la comunidad en la solución del conflicto penal, puesto que efectivamente, en la medida que se desjudicialice el problema penal y se acuda a la comunidad en busca de su solución, su procedimiento se suavizará y humanizará enormemente.

El numeral 1.4 de las Reglas de Tokio, preceptúa: «Al aplicar las Reglas, los Estados Miembros se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito.»

Aquí se corrobora que este pacto internacional, busca que en el conflicto penal, haya una igualdad procesal entre las partes esenciales, es decir, entre la víctima y el justiciable, a partir de sus respectivos derechos, así como la pretensión legítima de la

comunidad en lo que atañe a la seguridad colectiva y la prevención del delito. Porque es indudable que en la proporción que se respeten los derechos de las víctimas del delito, de los justiciables, y se busque y consiga un margen aceptable de seguridad pública; se encontrará satisfecha la meta en prevención del delito que busca cada sociedad.

El parágrafo 1.5 de las mencionadas Reglas, determina:

Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.

Definitivamente, las Reglas de Tokio pretenden que en la comunidad internacional, se evite al máximo la imposición de la prisión, a las personas en conflicto con la ley penal, planteando en su lugar, el uso de otras opciones que permitan la satisfacción de las expectativas de la víctima y el justiciable, así como de la comunidad a la que pertenecen; con lo que se protege el tejido social.

II.1.2 La Carta de las NACIONES UNIDAS

Firmada el 26 de junio de 1945 y que entró en vigor el 24 de octubre del mismo año, en su artículo 62 inciso 2, que se refiere a las funciones y poderes del Consejo Económico y Social de la ONU; establece: «El Consejo Económico y Social podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades.»

«... es importante resaltar que para este acuerdo internacional, es trascendente la participación de la comunidad en la solución del conflicto penal, puesto que efectivamente, en la medida que se desjudicialice el problema penal y se acuda a la comunidad en busca de su solución, su procedimiento se suavizará y humanizará enormemente.»

En este punto de la Carta de la ONU, se determina que, el Consejo Económico y Social del referido Organismo, tiene la facultad de efectuar recomendaciones a los Estados miembros, con la finalidad de fomentar el respeto de los derechos fundamentales. En este contexto es que se da, el siguiente antecedente.

II.1.3 Resolución 1999/26 del Consejo Económico y Social de las NACIONES UNIDAS

De fecha 28 de julio, sobre elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restaurativa en materia de justicia penal; en su punto 2, establece que:

...un medio importante de resolver las controversias y los delitos leves puede ser, en casos apropiados, la adopción de medidas de mediación y justicia restitutiva, especialmente aquellas que, bajo la supervisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente, faciliten el encuentro del delincuente y la víctima, la indemnización por los daños sufridos o la prestación de servicios a la comunidad.

De esta resolución se desprende que el Consejo Económico y Social de la ONU, recomienda a los Estados miembros, que un mecanismo para resolver las controversias penales, en tratándose de delitos menores, lo constituye la justicia restitutiva, particularmente en aquellos casos, que bajo la supervisión de la

autoridad judicial u otra diversa, faciliten el contacto entre el justiciable y la víctima del delito, la reparación del daño o la prestación de trabajo a favor de la comunidad.

Como se ve, en esta Resolución, abiertamente se recomienda la justicia restaurativa, como un valioso mecanismo de solución de controversias de índole penal, a partir del acercamiento entre las partes, favoreciendo la reparación del daño e involucrando a la comunidad en el proceso restaurativo.

II.1.4 Resolución 2000/11 del Consejo Económico y Social de las NACIONES UNIDAS

Nominada Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI, de la 43ª sesión ordinaria del 27 de julio de 2000; en la que se establecen planes de acción nacionales, regionales e internacionales en apoyo a las víctimas, para aquellos casos en que sea procedente la aplicación de la justicia restaurativa.

Así, en su punto 27, se establece:

Decidimos establecer, cuando proceda, planes de acción nacionales, regionales e internacionales en apoyo a las víctimas que incluyan mecanismos de mediación y justicia restaurativa y fijamos 2002 como plazo para que los Estados revisen sus prácticas pertinentes, amplíen sus servicios de apoyo a las víctimas y sus campañas de sensibilización sobre

los derechos de las víctimas y consideren la posibilidad de crear fondos para las víctimas, además de formular y ejecutar políticas de protección de los testigos.

En el mismo contexto, en el punto 28, se determina: «Alentamos la elaboración de políticas, procedimientos y programas de justicia restaurativa que respeten los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, los delincuentes, las comunidades y demás partes interesadas.»

En este instrumento internacional, se denota ya, la clara conciencia de la comunidad internacional, de que es recomendable el establecimiento de enfoques restaurativos de la justicia penal, que se orienten a reducir la delincuencia y a promover la recuperación de las víctimas, delincuentes y comunidades; por lo que efectúa la recomendación respectiva.

II.1.5 Resolución 2000/14, de 27 de julio, del Consejo Económico y Social de las NACIONES UNIDAS, Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal

Plantea la conveniencia y los medios de establecer principios comunes para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal.

Aquí se hace un llamamiento a los Estados miembros, para que intercambien información acerca de

las experiencias en la aplicación y evaluación de programas de justicia restaurativa, incluida la mediación.

Se agrega un interesante anexo, sobre principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, que pormenoriza una propuesta sobre el funcionamiento de los programas de justicia restaurativa.

Es importante resaltar que este instrumento internacional, retoma la esencia de la diversa Resolución 2000/12, de 24 de julio, del Consejo Económico y Social de las NACIONES UNIDAS, sobre principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal.

II.1.6 Declaración de Costa Rica: Sobre la Justicia Restaurativa en América Latina, celebrada en Santo Domingo, Costa Rica en el 2005

En esta declaración se establece que se hace con el fin de promover procesos de justicia restaurativa, además de sostener estos procedimientos mediante información y comunicación a través de los medios a la sociedad civil y propiciar Programas de Justicia restaurativa que incluya todos aquellos que utilicen procesos restaurativos y busque resultados restaurativos.

En su artículo 1º se establece: «Es programa de justicia restaurativa todo aquel que utilice procedimientos restaurativos y busque resultados restaurativos.»

En su párrafo 1º, define al procedimiento restaurativo al afirmar: «Procedimiento restaurativo significa todo aquel en el cual víctima y ofensor y cualquier otro individuo miembro de la comunidad participe cuando sea adecuado juntos a la ayuda de un colaborador en la búsqueda de la paz social.»

En este contexto, en el párrafo 2º, se determina: «Podrán incluirse entre los resultados restaurativos respuestas de arrepentimiento, perdón, restitución, responsabilización, rehabilitación y reinserción social, entre otros.»

Como se ve, en esta Declaración se recomienda a los países suscriptores, la instauración de programas de justicia restaurativa, en los que con la intervención del justiciable, de la víctima y miembros de la comunidad, se busquen resultados restaurativos, comprendiendo dentro de estos, el arrepentimiento, el perdón, la restitución, etc.

II.2 Antecedentes nacionales

II.2.1 Primer abordaje, del que se tiene noticia

En noviembre de 1998, el Instituto de Mediación de México, S.C., en coordinación con el Sistema Nacional de Seguridad Pública y la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, dio inicio, en la Ciudad de Querétaro, al primer Diplomado Nacional de Formación de Mediadores en Sede Judicial, dirigido

principalmente a magistrados de toda la República, dentro del cual se integró un módulo en el que se trabajó sobre mediación penal y justicia restaurativa, siendo que, por primera vez en México, se impartieron contenidos sobre la justicia restaurativa⁵.

«En noviembre de 1998, el Instituto de Mediación de México, S.C., en coordinación con el Sistema Nacional de Seguridad Pública y la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, dio inicio, en la Ciudad de Querétaro, al primer Diplomado Nacional de Formación de Mediadores en Sede Judicial, dirigido principalmente a magistrados de toda la República, dentro del cual se integró un módulo en el que se trabajó sobre mediación penal y justicia restaurativa, siendo que, por primera vez en México, se impartieron contenidos sobre la justicia restaurativa.»

⁵ BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *et al.*, *op. cit.* pp.110-130.

II.2.2 Constitución

En el año 2008, se realizó la más trascendente reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante Constitución), en materia de justicia penal; se estableció el sistema procesal penal acusatorio, como modelo procedimental para la procuración e impartición de justicia penal en México. Reforma que entre otros objetivos fundamentales, tuvo el de erradicar en lo posible, la oficiosidad con la que se tramitaban la gran mayoría de los procedimientos penales, buscando que por medios alternativos al proceso penal, también se resolviera el conflicto en esta materia de la justicia; estableciéndose así, materialmente el derecho fundamental a acceder a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en la justicia penal.

En el párrafo cuarto del artículo 17 de la Constitución, se ordena: «Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.»

II.2.3 Ley Nacional

Por su parte, la *Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal* (en adelante Ley Nacional de

Mecanismos Alternativos), en su artículo 27, dispone:

Concepto. La junta restaurativa es el mecanismo mediante el cual la víctima u ofendido, el imputado y, en su caso, la comunidad afectada, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el objeto de lograr un Acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como la reintegración de la víctima u ofendido y del imputado a la comunidad y la recomposición del tejido social.

II.2.4 Ley de la Ciudad de México

A) La Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México (en adelante Ley de Justicia Alternativa), en el artículo 5, fracciones IV y IV bis, respectivamente preceptúan:

Artículo 5. La mediación procederá en los siguientes supuestos:

IV. En materia penal, la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias, dentro del marco de la justicia restaurativa, procederá en las controversias entre particulares originadas por la comisión de un delito, y éste:

- a) Se persiga por querrela o requisito equivalente de parte ofendida;
- b) Sea un delito culposos; o

c) Sea un delito o un delito patrimonial cometido sin violencia sobre las personas; o no se trate de delitos de violencia familiar;

Estos supuestos necesariamente aplicarán respecto del sistema penal adversarial, específicamente, para la atención de las formas de solución alterna del procedimiento, en términos de la Ley Nacional y del Código Nacional de Procedimientos Penales.

IV bis. En materia penal, la mediación también procederá, en el marco de la justicia restaurativa, y previo al inicio del proceso penal, en las controversias entre particulares originadas por la comisión de una conducta tipificada como delito que se persiga por querrela, y al concluir el proceso penal, respecto de conductas tipificadas como delitos graves y perseguibles de oficio, en tratándose de la reparación del daño, exclusivamente para efectos restaurativos y de recomposición del tejido social cuando la víctima u ofendido del delito lo solicite, en términos del Reglamento, independientemente de que se haya reparado el daño y de que el autor de la conducta delictiva se encuentre cumpliendo una sentencia.

Lo anterior, siempre que no se contravenga disposición legal alguna.

B) Por su parte, el Reglamento Interno del Centro de Justicia

Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, (en adelante Reglamento Interior) en su artículo 34, fracciones IV y V que respectivamente se refieren a este tópico, disponen:

Artículo 34. La mediación procederá en los siguientes supuestos:

IV. En materia penal, la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias, dentro del marco de la justicia restaurativa, procederá en las controversias entre particulares originadas por la comisión de un delito, y éste: a) Se persiga por querrela o requisito equivalente de parte ofendida; b) Sea un delito culposos; o c) Sea un delito patrimonial cometido sin violencia sobre las personas; o no se trate de delitos de violencia familiar.

Estos supuestos necesariamente aplicarán respecto del sistema penal adversarial, específicamente, para la atención de las formas de solución alterna del procedimiento, en términos de la Ley Nacional y del Código Nacional de Procedimientos Penales.

V. En materia penal, la mediación también procederá, en el marco de la justicia restaurativa, y previo al inicio del proceso penal, en las controversias entre particulares originadas por la comisión de una conducta tipificada como delito que se persiga por querrela, y al concluir el proceso penal, respecto

de conductas tipificadas como delitos graves y perseguibles de oficio, en tratándose de la reparación del daño, exclusivamente para efectos restaurativos y de recomposición del tejido social cuando la víctima u ofendido del delito lo solicite, en términos del Reglamento, independientemente de que se haya reparado el daño y de que el autor de la conducta delictiva se encuentre cumpliendo una sentencia.

Lo anterior, siempre que no se contravenga disposición legal alguna,...

Resulta particularmente interesante, la aplicación de procesos restaurativos en la etapa procedimental de ejecución de sanciones penales, a la que se refieren respectivamente, la Ley de Mecanismos Alternativos y el Reglamento Interior, punto en el que no nos detendremos en esta ocasión, por razones metodológicas.

Con lo anterior, se observa que, la justicia restaurativa tiene ya, un largo camino recorrido, en el que se cuentan antecedentes internacionales y nacionales; por lo que en la actualidad, sin ningún otro obstáculo que no sea interpuesto por la apatía o desinterés, se puede (y en nuestra opinión) y se debe intentar abordar y en su caso, solucionar el conflicto penal a través de esta singular alternativa al proceso penal, es decir, la justicia restaurativa.

III. Objetivos

Por supuesto, que en tratándose de la implementación de la justicia restaurativa se tienen muchas expectativas, las que al particularizar o atomizar, se pueden agrupar en objetivos que en su conjunto, tienen en común, la participación de las partes y la comunidad, en la búsqueda de solucionar controversias relacionadas con incidentes delictivos; en adelante abordaremos los objetivos más sobresalientes:

1. Brindar apoyo a las víctimas del delito

Tradicionalmente se ha ignorado a la víctima del delito, no se tomaba en cuenta su opinión o interés, durante el desarrollo del proceso penal. Lo anterior ha cambiado durante las tres últimas décadas, a partir de que en 1985, la Asamblea General de la ONU, adoptó la Declaración de Principios Básicos sobre Justicia para Víctimas del Delito y Abuso de Poder; en tal declaración se establece: «los mecanismos informales para la resolución de disputas, incluyendo la mediación, el arbitraje y el derecho consuetudinario o las prácticas nativas, deben utilizarse, cuando sea adecuado, para facilitar la conciliación e indemnizar a las víctimas»⁶.

⁶ Asamblea General, resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, párrafo 7.

Con base en lo anterior, hoy es posible saber sobre las necesidades y las formas procesales en las que se puede abordar a las víctimas del delito, sin que se sientan revictimizadas. Sin embargo persisten quejas en el sentido de que en el proceso formal de justicia penal, se ignora a la víctima en sus necesidades y deseos, es decir, no se le escucha y no se le atiende en el sentido humano.

Paralelo al proceso de justicia penal tradicional, tenemos un proceso de justicia restaurativa, que está adecuado de tal manera que se puedan conocer y en su caso satisfacer las necesidades más importantes de las víctimas, ya que está diseñado para que se permita a las víctimas describir desde su percepción, las consecuencias del delito, así como cuestionar al delincuente sobre los motivos que lo impulsaron a proceder en perjuicio de la víctima.

El proceso de justicia restaurativa pretende apoyar a las víctimas del delito en sus intereses particulares, en él pueden participar y ser tratadas con respeto, recibir la restauración e indemnización respecto del daño sufrido; en este proceso las víctimas tienen voz para decidir qué resultado aceptar para terminar satisfactoriamente el proceso restaurativo.

2. Reparar las relaciones dañadas a consecuencia del hecho ilícito

La justicia restaurativa siempre tiene presente que ante la comisión de un delito, no solamente debe responderse con la retribución, si no que la reacción debe enfocarse en las relaciones que se afectaron o dañaron. Si la comunidad se fortalece, se pueden prevenir las heridas producidas por la infracción penal; cuando la víctima y el justiciable hacen las paces, a través de este proceso, la recreación de las relaciones entre ellos, se considera como un método para lograr la justicia, método en el que se apoya tanto a la víctima como al delincuente, así como los intereses de la comunidad; y esta manera de proceder, desde luego que puede servir para identificar las causas que orillaron a la comisión del delito en particular y a desarrollar estrategias dentro de dicha comunidad, para prevenirlo en el futuro.

3. Denunciar el comportamiento ilícito como algo inaceptable

Otro objetivo de la justicia restaurativa, consiste en que se denuncien los comportamientos criminales, como también lo ha sido del proceso penal formal desde siempre. La denuncia que se realiza en el marco del proceso restaurativo, se torna más flexible, ya que se toman en consideración las circunstancias particulares de la agresión, las características de la víctima y del justiciable. Esta denuncia es de carácter positivo, pero permanece

durante todo el desarrollo del citado proceso. Los valores transgredidos se reafirman a través del proceso de justicia restaurativa y resulta significativo que en ocasiones, esos valores, no son los que formalmente protege la ley existente, sino que se trata de valores acuñados y de valor peculiar al interior de la comunidad en el que se da el proceso restaurativo.

«El proceso de justicia restaurativa está especialmente diseñado, para que los infractores puedan asumir la responsabilidad de sus conductas así como sus consecuencias, de una manera más fácil. En el proceso restaurativo cambia la mera evaluación de la culpa legal, por el intento de establecer la responsabilidad en un conflicto y sus consecuencias. Se promueve el reconocimiento y la aceptación de responsabilidad personal del delito y sus consecuencias, no así al sometimiento impuesto por otros, que son ajenos a la problemática.»

4. Motivar la responsabilidad de todas las partes relacionadas, especialmente de los justiciables

El proceso de justicia restaurativa está especialmente diseñado, para que los infractores puedan asumir la responsabilidad de sus conductas así como sus consecuencias, de una manera más fácil. En el proceso restaurativo cambia la mera evaluación de la culpa legal, por el intento de establecer la responsabilidad en un conflicto y sus consecuencias. Se promueve el reconocimiento y la aceptación de responsabilidad personal del delito y sus consecuencias, no así al sometimiento impuesto por otros, que son ajenos a la problemática.

También se alienta a asumir la parte de responsabilidad en el incidente, a aquellos que sin haber intervenido directamente en el delito, hayan tenido una determinada participación; lo anterior tiene el efecto de ampliar el proceso más allá de la víctima y del justiciable. En algunos casos, este proceso provoca que el infractor asuma su responsabilidad, pero además experimente una transformación cognoscitiva y emocional, mejorando así, su relación con la comunidad, y en particular con la víctima y su familia.

5. Identificar resultados restaurativos y directos

Los métodos restaurativos se enfocan principalmente en las personas dañadas, es decir las víctimas. Lo anterior no significa que de manera automática, se descarten las formas

de castigo al delito, pero se enfocan en resultados restaurativos y directos; se centra en el resultado restaurativo de la reparación del daño causado por el delito; proporciona al justiciable, la oportunidad de realizar una reparación significativa. La justicia restaurativa considera fundamentalmente las relaciones y su esfuerzo se encamina a alcanzar resultados que satisfagan a un grupo amplio, y no únicamente a un proceso formal de impartición de justicia.

6. Reducir la reincidencia motivando el cambio en los justiciables, facilitando su reinserción a la comunidad

El comportamiento pasado de los infractores, así como sus consecuencias, son la preocupación medular del proceso de justicia restaurativa, pero también lo es, el comportamiento futuro de los justiciables. Un compromiso del justiciable, respecto a su conducta futura, es a menudo un factor determinante de los acuerdos a los que se llega por medio de los procesos restaurativos. El transformar al justiciable por medio del proceso restaurativo es uno de los principales objetivos de la justicia restaurativa, puesto que de conseguirlo impactará definitivamente en la prevención de la reincidencia. Por ello la insistencia en que los justiciables entiendan y acepten la responsabilidad por las consecuencias de sus acciones, ya que así, su comportamiento futuro está

comprometido con la comunidad y las instituciones establecidas.

7. Identificar los factores que causan el delito

El proceso restaurativo es abierto, motiva a la discusión llana sobre los antecedentes del delito, dentro de un marco civilizado, en el que se busca lograr un acuerdo. Por tanto si, de un proceso restaurativo, se identifica una zona criminógena, se deben atender las causas que producen la criminalidad, de manera frontal y sin excusas, puesto que a la comunidad, interesa atacar este fenómeno. Así pues, se destacan como objetivos de la justicia restaurativa, los siguientes:

- * Restaurar el orden y la paz de la comunidad y reparar las relaciones afectadas;
- * Denunciar las conductas ilícitas y reafirmar los valores reales de la comunidad;
- * Dar apoyo a las víctimas, darles voz, permitir su participación y atender sus necesidades;
- * Motivar a todas las partes a responsabilizarse por su conducta, especialmente a los ofensores;
- * Identificar resultados restaurativos futuros;
- * Prevenir la reincidencia, motivando el cambio en los ofensores y facilitando su reinserción a la comunidad⁷.

⁷ Cfr. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, op cit., pp. 9-11.

IV. Principios

Según la particular postura, se cuenta con una considerable cantidad de principios inherentes a la justicia restaurativa. A continuación abordamos brevemente los más representativos:

IV.1. En la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos

Primeramente nos ocuparemos de lo que a este respecto dispone la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos, misma que en su artículo 4º, se refiere a los principios que rigen los mecanismos alternativos, en los siguientes términos:

Artículo 4. Principios de los Mecanismos Alternativos

Son principios rectores de los Mecanismos Alternativos los siguientes:

I. Voluntariedad: La participación de los Intervinientes deberá ser por propia decisión, libre de toda coacción y no por obligación;

II. Información: Deberá informarse a los Intervinientes, de manera clara y completa, sobre los Mecanismos Alternativos, sus consecuencias y alcances;

III. Confidencialidad: La información tratada no deberá ser divulgada y no podrá ser utilizada en perjuicio de los Intervinientes dentro del proceso penal, salvo que se trate de un delito que se esté

cometiendo o sea inminente su consumación y por el cual peligre la integridad física o la vida de una persona, en cuyo caso, el Facilitador lo comunicará al Ministerio Público para los efectos conducentes;

IV. Flexibilidad y simplicidad: Los mecanismos alternativos carecerán de toda forma estricta, propiciarán un entorno que sea idóneo para la manifestación de las propuestas de los Intervinientes para resolver por consenso la controversia; para tal efecto, se evitará establecer formalismos innecesarios y se usará un lenguaje sencillo;

V. Imparcialidad: Los Mecanismos Alternativos deberán ser conducidos con objetividad, evitando la emisión de juicios, opiniones, prejuicios, favoritismos, inclinaciones o preferencias que concedan u otorguen ventajas a alguno de los Intervinientes;

VI. Equidad: Los Mecanismos Alternativos propiciarán condiciones de equilibrio entre los Intervinientes; VII. Honestidad: Los Intervinientes y el Facilitador deberán conducir su participación durante el mecanismo alternativo con apego a la verdad.

Los principios de los mecanismos alternativos, contenidos en la Ley Nacional, encuentran en la misma normatividad su particular desarrollo, por lo que no requieren de mayor explicación. Enseguida se apuntan algunos otros principios, que

son propios de la justicia restaurativa, es decir que su naturaleza no es compartida para los restantes mecanismos alternativos de solución de conflictos penales.

IV.2 En la doctrina

IV.2.1 Asunción de responsabilidad en la conducta

El justiciable debe admitir su responsabilidad en el hecho ilícito; este reconocimiento es presupuesto para solventar el conflicto penal y para reconstruir las relaciones dañadas.

IV.2.2 Buena fe

Los participantes deben intervenir con buena fe, para merecer la confianza de los demás. Los intervinientes deben actuar con rectitud, con honestidad y sin transgresión a la ley.

IV.2.3 Duración razonable

El proceso restaurativo es rápido y eficaz, porque es sencillo y oral; no tiene las trabas y formalismos de la justicia penal tradicional. A este respecto, nunca debe confundirse celeridad con precipitación, ya que esta última puede ocasionar un acuerdo inadecuado insatisfactorio para uno o todos los involucrados.

IV.2.4 Complementariedad

Por supuesto que la justicia restaurativa, no es sustituta de la justicia penal tradicional, ya que la justicia restaurativa, complementa a

ésta, es una alternativa valiosa para solucionar el conflicto penal, por medio del diálogo y acercamiento entre los involucrados y la comunidad en la que interactúan.

IV.2.5 Cooperación

La cooperación entre los involucrados, resulta necesaria para el abordaje restaurativo.

El justiciable, consciente del daño que ocasionó su conducta, buscará a repararlo o compensarlo, contando siempre con la ayuda de la víctima.

El proceso restaurativo, es en realidad, un proceso de pura cooperación, porque en él, hay convergencia de intereses que permite alcanzar un resultado favorable para todos quienes participan en el encuentro de restauración.

IV.2.6 Otros principios

Por supuesto que, los principios aquí anotados no constituyen, ni remotamente la totalidad de los principios de la justicia restaurativa, también pueden ser mencionados otros, tales como la bilateralidad, credibilidad, diligencia, gratuidad, igualdad entre las partes, interdisciplinariedad, oralidad, proporcionalidad, razonabilidad, etc.⁸.

⁸ Cfr. BARROS LEAL, César, *Justicia Restaurativa, Amanecer de una Era*, Porrúa, México 2015, p. 64.

Como ya se asentó, los principios que deben prevalecer en la justicia restaurativa, son esencialmente los contenidos y desarrollados en la *Ley Nacional de Mecanismos Alternativos*; pero si se complementan o matizan con los que la doctrina jurídica plantea, el resultado de los procesos restaurativos, será sin duda, muy generoso en bondades y satisfacción de intereses para los involucrados e intervinientes, por lo que, lo aconsejable es que se observen ininterrumpida y cabalmente los principios aquí expuestos, durante la aplicación de procesos restaurativos.

V. Etapas

Nos ocuparemos ahora de las etapas o elementos del proceso de justicia restaurativa. Primeramente apuntaremos que el proceso de justicia restaurativa, es parecido al que se utiliza, en el mecanismo alternativo consistente en la mediación, puesto que ambos involucran a la víctima del delito y al justiciable en un dialogo relativo al hecho ilícito y sus consecuencias. La peculiaridad que distingue al proceso de justicia restaurativa, consiste en que aquí, se incluye la participación de las familias, grupos de la comunidad, la policía, asistentes sociales, abogados, etc.

En la justicia restaurativa se involucra a personas ajenas a los intervinientes directos en el hecho delictivo, con la finalidad de

demostrar materialmente al justiciable que, muchas personas se preocupan y están preocupadas por él, para afianzar o en su caso, despertar el sentido de responsabilidad respecto a su familia y su comunidad.

En estas reuniones, todos los participantes deben estar conformes, con el plan de reparación, considerándolo una composición justa, para así incrementar el compromiso asumido, precisamente por estar conectadas todas las partes interesadas. Con el consenso comunitario respecto a la resolución y la no aprobación de la conducta del justiciable, producen un afianzamiento de los valores importantes para la comunidad. Para este proceso, es importante el reconocimiento de la “vergüenza reinsertiva”, ya que así, la comunidad denuncia el proceder ilícito del justiciable, como inaceptable, a la vez que confirma su compromiso hacía el mismo, expresando su deseo de reinsertarlo de nuevo a la comunidad.

Como ya se asentó, el proceso restaurativo se utiliza, en aquellos casos en que el justiciable ha admitido su responsabilidad; en modo alguno puede emplearse para determinar la culpabilidad o inocencia del imputado, y éste tiene el derecho de decidir en cualquier momento, detener el proceso.

En una apreciación amplia, el proceso restaurativo comprende las etapas separadas e independientes, de

preparación, encuentro y monitoreo posterior.

V.1.1. Preparación

Un facilitador capacitado recibe noticia y competencia sobre un caso concreto; recolecta y analiza información respecto al contexto en que ocurrieron los hechos que motivaron la controversia penal.

Posteriormente, adquiere información detallada, esto a través del contacto directo con las partes en conflicto, es decir, se entrevista con la víctima y con el justiciable; así como, de ser recomendable, con sus familias y demás personas (incluyendo a miembros de la comunidad) cuya intervención puede contribuir a los fines de la justicia restaurativa.

Explica a las partes, de manera clara y simple, el significado y la mecánica del proceso restaurativo.

Recopila el consenso a los involucrados, para su intervención en el proceso restaurativo.

Se programan o agendan las sesiones de encuentro.

Individualiza la estrategia a seguir, para dirigir a buen éxito, el proceso restaurativo.

Todo esto permite al facilitador, familiarizarse con los hechos y con el caso, conocer a las partes involucradas e identificar y debatir las necesidades e intereses de quienes van a intervenir en el proceso restaurativo; y a las partes, saber los propósitos de las reuniones de restauración.

V.1.2. Encuentro

Ya en las reuniones restaurativas, el facilitador expondrá las consideraciones introductorias, es decir, explicará de manera sencilla, los antecedentes del caso, así como las expectativas que se han generado a partir del proceso restaurativo en particular.

A continuación de manera indistinta el justiciable y la víctima, expondrán la propia vivencia de los hechos; luego pueden expresar sus sentimientos respecto a las circunstancias que rodearon al hecho ilícito, hacerse preguntas recíprocamente; los demás intervinientes (familiares, policías, miembros de la comunidad, etc.) pueden hacer preguntas a las partes.

Efectuado lo anterior, se identifican los puntos sobresalientes de las intervenciones, así como de los intereses de las partes en conflicto.

Se generan diversas opciones para la reparación del daño y/o conciliación entre la víctima del delito y el justiciable.

Después de la negociación, se obtiene un acuerdo escrito, firmado por las partes, incluyendo un cronograma de cumplimiento de pago y su correspondiente monitoreo posterior.

V.1.3 Monitoreo

Es la última etapa del proceso de justicia restaurativa, e inicia con la exposición de las consideraciones conclusivas por parte del facilitador,

respecto de la reunión o reuniones celebradas, con fines restaurativos.

Posteriormente, y de acuerdo al cronograma de cumplimiento, el facilitador da seguimiento al cumplimiento o su gradual avance, respecto del acuerdo alcanzado por las partes, hasta su completo agotamiento.

Por último, el facilitador verifica el grado de satisfacción de las partes, respecto del cumplimiento del acuerdo, o la conciliación generada.

Es importante dejar sentado que, en el supuesto que el acuerdo obtenido no pueda ser cumplido, no obstante la intervención del facilitador para solicitar su cumplimiento; entonces el caso regresará a la etapa del procedimiento penal formal, en el que se dejó, para iniciar el proceso restaurativo, para la prosecución procesal correspondiente⁹.

Una vez desarrolladas las etapas que comprende la justicia restaurativa, ahora anotaremos lo que al respecto preceptúan nuestras leyes, es decir, el desarrollo del proceso de justicia restaurativa:

La Ley Nacional de Mecanismos Alternativos en su artículo 19 establece cómo deben realizarse las sesiones de mecanismos alternativos, al preceptuar:

⁹ Cfr. BRENES QUESADA, Carlos, *Justicia Restaurativa*, Universidad Fidélitas, Costa Rica 2009, pp. 108-111.

Artículo 19. De las sesiones de Mecanismos Alternativos.

Las sesiones de Mecanismos Alternativos se realizarán únicamente con la presencia de los Intervinientes y, en su caso, de auxiliares y expertos, a petición de las partes. Los Intervinientes podrán recibir orientación jurídica. Para tal efecto, cuando ambos Intervinientes cuenten con abogado, éstos podrán presenciar las sesiones, sin embargo, no podrán intervenir durante las mismas.

En caso de que se suscite alguna duda de índole jurídica que no pueda ser resuelta por los auxiliares y expertos invocados por el Facilitador, cualquiera de los Intervinientes podrá solicitar la suspensión de la sesión a fin de que pueda consultar con su abogado, si lo tuviere.

Cuando los Intervinientes sean miembros de comunidades indígenas o personas que no entiendan el idioma español, deberán ser asistidos durante las sesiones por un intérprete de conformidad con la legislación procedimental penal aplicable.

Al inicio de la sesión del Mecanismo Alternativo, el Facilitador hará saber a los Intervinientes las características del mecanismo, las reglas a observar, así como sus derechos y obligaciones. Se explicará que el mecanismo es confidencial en los

términos que establece la fracción III del artículo 4 de esta Ley.

Se hará saber a los Intervinientes los alcances y efectos legales de los Acuerdos que en su caso lleguen a concretarse.

El Mecanismo Alternativo se dará por concluido si alguno de los Intervinientes revela información confidencial, sin perjuicio de las responsabilidades en que se incurra por tal conducta.

Al referirse la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos a las sesiones de éstos, desde luego que, comprende al universo de tales mecanismos; ya en lo particular, al abordar la junta restaurativa, en su artículo 28, menciona cómo debe ser la mecánica de la sesión restaurativa, en los siguientes términos:

Artículo 28. Desarrollo de la sesión.

Es posible iniciar una junta restaurativa por la naturaleza del caso o por el número de involucrados en el conflicto. Para tal efecto, el Facilitador realizará sesiones preparatorias con cada uno de los Intervinientes a quienes les invitará y explicará la junta restaurativa, sus alcances, reglas, metodología e intentará despejar cualquier duda que éstos planteen.

Asimismo, deberá identificar la naturaleza y circunstancias de la controversia, así como las necesidades de los Intervinientes y

sus perspectivas individuales, evaluar su disposición para participar en el mecanismo, la posibilidad de realizar la reunión conjunta y las condiciones para llevarla a cabo.

En la sesión conjunta de la junta restaurativa el Facilitador hará una presentación general y explicará brevemente el propósito de la sesión. Acto seguido, formulará las preguntas previamente establecidas. Las preguntas se dirigirán en primer término al imputado, posteriormente a la víctima u ofendido, en su caso a otros Intervinientes afectados por parte de la víctima u ofendido y del imputado respectivamente, y por último, a los miembros de la comunidad que hubieren concurrido a la sesión.

Una vez que los Intervinientes hubieren contestado las preguntas del Facilitador, éste procederá a coadyuvar para encontrar formas específicas en que el daño causado pueda quedar satisfactoriamente reparado. Enseguida, el Facilitador concederá la palabra al imputado para que manifieste las acciones que estaría dispuesto a realizar para reparar el daño causado, así como los compromisos que adoptará con los Intervinientes.

El Facilitador, sobre la base de las propuestas planteadas por los Intervinientes, concretará el Acuerdo que todos estén dispuestos a aceptar como resultado de la sesión de la junta

restaurativa. Finalmente, el Facilitador realizará el cierre de la sesión.

En el caso de que los Intervinientes logren alcanzar una solución que consideren idónea para resolver la controversia, el Facilitador lo registrará y lo preparará para la firma de éstos, de conformidad con lo previsto en esta Ley.

Por su parte, la Ley de Justicia Alternativa, de manera expresa delimita cuáles son las etapas del procedimiento de mediación, lo que efectúa en el artículo 30, en los siguientes términos:

Artículo 30. Serán etapas del procedimiento de mediación, las siguientes:

I. Inicial:

- a) Encuentro entre el mediador y sus mediados;
- b) Recordatorio y firma de las reglas de la mediación y del convenio de confidencialidad;
- c) Indicación de las formas y supuestos de terminación de la mediación;
- d) Firma del convenio de confidencialidad; y
- e) Narración del conflicto.

II. Análisis del caso y construcción de la agenda:

- a) Identificación de los puntos en conflicto;
- b) Reconocimiento de la corresponsabilidad;

- c) Identificación de los intereses controvertidos y de las necesidades reales generadoras del conflicto;
- d) Atención del aspecto emocional de los mediados;
- e) Listado de los temas materia de la mediación; y
- f) Atención de los temas de la agenda.

III. Construcción de soluciones:

- a) Aportación de alternativas;
- b) Evaluación y selección de alternativas de solución; y
- c) Construcción de acuerdos;

IV. Final:

- a) Revisión y consenso de acuerdos; y
- b) Elaboración del convenio y, en su caso, firma del que adopte la forma escrita.

Debemos recordar que, en la Ley de Justicia Alternativa, expresamente se plantea que, en materia penal, procede la mediación dentro del marco de la justicia restaurativa; por tanto, debemos retomar las etapas que integran la mediación, para el proceso restaurativo.

Por último nos ocuparemos del procedimiento de mediación y facilitación penales, a que se refiere el Reglamento Interior en sus artículos del 63 al 65, de la siguiente manera:

Del Procedimiento de Mediación y Facilitación Penales.

Artículo 63. Además de lo ordenado en el artículo 5, fracción

IV de la Ley, el procedimiento de mediación penal se realizará en el marco de la justicia restaurativa y tendrá por objeto la solución de las controversias entre particulares, ya sean personas físicas o morales, originadas por la comisión de una conducta tipificada como delito por las leyes penales de la Ciudad de México, siempre que se persiga por querrela de parte ofendida, previo al inicio del proceso penal; así como al concluir el proceso penal, en delitos graves y perseguibles de oficio, exclusivamente para efectos restaurativos y de recomposición del tejido social cuando la víctima u ofendido del delito lo solicite, en términos del Reglamento, independientemente de que se haya reparado el daño y de que el autor de la conducta delictiva se encuentre cumpliendo una sentencia.

Además de lo ordenado en el artículo 5, fracción IV bis de la Ley, el procedimiento de facilitación penal referente a los mecanismos alternativos de solución de controversias, consistentes en mediación, conciliación y juntas restaurativas se apegará a lo previsto en la Ley Nacional.

Lo anterior, siempre que no se contravenga disposición legal alguna.

Artículo 64. La mediación penal sólo podrá llevarse a cabo si el ofensor y el ofendido manifiestan su libre voluntad para participar en el procedimiento de mediación. Si

la o las personas señaladas como ofensores se encuentran privadas legalmente de su libertad, el juez correspondiente ordenará la intervención del Centro.

Artículo 65. La mediación penal, necesariamente iniciará con sesiones individuales, en donde primeramente se atenderá al ofensor y después al ofendido, a fin de preparar adecuadamente el encuentro entre ambos.

Como se observa, en la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos, en la Ley de Justicia Alternativa y en el Reglamento Interior, de manera específica, se esboza de manera coincidente, cuáles son las etapas y la mecánica del proceso y las sesiones restaurativas; las cuales no precisan de mayor abundamiento, puesto que son armónicas entre ellas.

Por último se destaca que, las etapas del proceso de justicia restaurativa que se contienen en la doctrina, son coincidentes en lo esencial, con las que se describen en la legislación vigente abordada; por lo que se recomienda que se consideren conjunta y complementariamente, en la aplicación real de un particular proceso de justicia restaurativa.

«Debemos recordar que, en la Ley de Justicia Alternativa, expresamente se plantea que, en materia penal, procede la mediación dentro del marco de la justicia restaurativa; por tanto, debemos retomar las etapas que integran la mediación, para el proceso restaurativo.»

«Consideramos que la justicia restaurativa tiene como objetivo principal, consolidarse como un complemento del sistema de justicia penal, que contribuya a la paz social, mediante la solución de controversias penales, con soluciones integrales y realistas, consensadas entre la víctima y el justiciable, logrando la reparación del daño a favor de la víctima y la restauración del tejido social dañado, buscando así, una mayor eficacia en la prevención y el tratamiento del delito.»

Conclusiones

* Podemos entender por justicia restaurativa, a una corriente del derecho penal, de mínima intervención, que comprende una serie de procedimientos voluntarios y flexibles, que propugnan la solución del conflicto penal, a través del diálogo y encuentro, entre los directamente involucrados y las personas en quienes impacta el hecho ilícito concreto; buscando la

reparación del daño sufrido por la víctima, la reconciliación entre la víctima y el imputado, así como la recomposición del tejido social dañado, que se reflejará positivamente en prevención del delito.

* Dentro de los antecedentes de la justicia restaurativa, se tiene en el plano internacional, a las Reglas de Tokio, instrumento que tiene como objetivo fundamental, que los Estados miembros de la ONU, apliquen mecanismos alternativos a la pena de prisión.

* En el terreno nacional, el antecedente más importante por supuesto es la Constitución en su artículo 17 párrafo cuarto que reconoce como un derecho fundamental, el que las leyes establezcan mecanismos alternativos de solución de conflictos; esta alternatividad debe entenderse, dirigida a la controversia penal. Asimismo tenemos la *Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en Materia Penal*, la *Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México* y el *Reglamento Interior del Centro de Justicia Alternativa de la Ciudad de México*.

* Consideramos que la justicia restaurativa tiene como objetivo principal, consolidarse como un complemento del sistema de justicia penal, que contribuya a la paz social, mediante la solución de controversias penales, con soluciones integrales y

realistas, consensadas entre la víctima y el justiciable, logrando la reparación del daño a favor de la víctima y la restauración del tejido social dañado, buscando así, una mayor eficacia en la prevención y el tratamiento del delito.

* Los principios de la justicia alternativa son entre otros, voluntariedad, información, confidencialidad, flexibilidad y simplicidad, imparcialidad, equidad, honestidad, asunción de responsabilidad, buena fe, celeridad, duración razonable y complementariedad.

* Las etapas que comprende el proceso de justicia restaurativa son: a) preparación, en la que un facilitador capacitado recibe el caso y recaba información de los involucrados en el conflicto penal, asimismo identifica los intereses y necesidades de las partes; b) encuentro, en el que las partes narran en sus palabras la percepción que les produjo el hecho ilícito, se da una real comunicación entre los involucrados, Pide ser el caso con sus familiares y miembros de la comunidad, por último se llega a un consenso para la reparación del daño, Y de ser necesario, se plantea y acepta un cronograma para el cumplimiento de la referida reparación del daño, y, c) monitoreo, en la que el facilitador da seguimiento para y vigila el cumplimiento del acuerdo al que se llegó. En el supuesto de que dicho acuerdo no se cumpla satisfactoriamente, la causa se regresa al sistema formal de

procuración o impartición de justicia, para la prosecución del procedimiento ordinario.

* La justicia restaurativa es un importante complemento al sistema formal de justicia penal, que en su aplicación protege los bienes jurídicos que acoge el derecho penal; lo anterior permite al Estado mantener una dualidad de respuestas frente al hecho delictivo, ya que por un lado, se acudirá a los procesos punitivos en los casos que expresamente no se permita el uso de la justicia restaurativa, o bien, dadas las características concretas del caso, no sea recomendable su aplicación; y por otra parte, se llevarán a cabo procesos restaurativos, de manera alternativa y/o complementaria a los procedimientos de la justicia penal formal. Es decir, sin contraposición, bien pueden coexistir los procesos punitivos y restaurativos en el sistema de justicia penal, en la búsqueda de la paz social, la reparación del daño a favor de la víctima, y la conciliación entre las partes que resultaron afectadas, a partir de un determinado hecho delictivo.

Fuentes consultadas

Bibliografía

BARROS LEAL, César, *Justicia Restaurativa, Amanecer de una Era*, Porrúa, México 2015.

BRENES QUESADA, Carlos, *Justicia Restaurativa*, Universidad Fidélitas, Costa Rica 2009.

BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía *et al.*, *Justicia alternativa y el sistema acusatorio*, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, Secretaría de Gobernación, México, disponible en:

[<http://148.202.89.14/laboratoriojuciosorales/sites/default/files/bibliografía/DGEPN-16JusticiaAlternativaySistemaAcusatorio.pdf>], consultado en: 2017-07-10.

CARRANZA, Elías (coord.), *Justicia Penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, Ed. Siglo XXI, México 2001.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Manual sobre Programas de Justicia restaurativa*, NACIONES UNIDAS, Austria 2006.

MEZA FONSECA, Emma, «Hacia una justicia restaurativa en México», *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Instituto de la Judicatura Federal, Formas e Imágenes, S.A de C.V., número 18, México Julio 2004.

LA ACTUACIÓN JURISDICCIONAL ANTE LA NOTICIA DE TORTURA

Belem BOLAÑOS MARTÍNEZ*

Júpiter LÓPEZ RUÍZ**

SUMARIO: Introducción; I. Definición de tortura; II. La denuncia de tortura; Conclusión; Fuentes consultadas.

Introducción

México ha sido señalado constantemente ante Organismos Nacionales e Internacionales de Derechos Humanos por tener un Sistema de Procuración e Impartición de Justicia con una práctica cotidiana de tortura, ello impacta sin lugar a dudas a la función judicial y la obliga a tomar las medidas necesarias para evitar la existencia de Tortura en México.

Bajo esta premisa, la práctica de la tortura se configura como una de las formas más graves de violación a derechos humanos de las personas privadas de la libertad, toda vez que atenta contra su dignidad, causándoles daños físicos y psicológicos, que de acuerdo a una encuesta, llevada a cabo por Amnistía

* Licenciatura en *Derecho* por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Maestría en *Derecho Procesal Penal* por INDEPAC; Maestría en *Democracia y Buen Gobierno* en la Universidad de Salamanca España. Es docente en el Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México (TSJCDMX) y del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México (PGJCDMX). Es docente Certificada en Sistema Acusatorio por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC) y miembro de la Red Mexicana de Actualización en la Reforma Procesal Penal por el Centro de Justicia de las Américas (CEJA). En el TSJCDMX ha sido Jueza Primero de Ejecución de Sanciones Penales, Jueza Trigésimo Segunda de Control, Jueza Primero de Enjuiciamiento y actualmente ocupa el cargo de Jueza Décimo Primero de Enjuiciamiento del Sistema Penal Acusatorio de la Ciudad de México.

** Licenciatura en *Derecho* por la Universidad del Distrito Federal; Maestría *Jurídico Penal* con especialidad en *Política Criminal*, por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE); Especialidad en *Administración de Justicia en Materia Penal*, por el Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México (TSJCDMX). Ha sido docente en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). En el TSJCDMX ha sido Secretario Proyectista de Sala; Juez Mixto de Primera Instancia, Islas Marías; Juez Décimo Cuarto de Paz Penal; Juez Décimo Penal y actualmente es Juez Octogésimo Penal del Sistema Procesal Penal Acusatorio de la Ciudad de México.

Internacional el año 2014, resaltaba el temor de un 64% de los mexicanos a ser torturados si caían en manos de la policía.

En marzo de 2015 el relator especial de la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS sobre la Tortura, Juan MÉNDEZ, aseguró que en México la tortura es generalizada, al presentar las conclusiones del informe que revisa las fallas del sistema de seguridad mexicano, el enviado de las NACIONES UNIDAS alertó que la tortura en el país se utiliza durante la detención de una persona y hasta la puesta a disposición de la justicia; incluso llamó al gobierno mexicano a implementar prontamente sus recomendaciones y a la comunidad internacional a asistir a México en su lucha para erradicarla, así como los malos tratos, revertir la impunidad y garantizar la reparación integral de las víctimas.

En nuestro país hay personas torturadas pero no torturadores, por ello, a partir de la reforma en materia de justicia y seguridad nacional, así como la incorporación del sistema acusatorio a nuestro orden jurídico nacional de 18 de junio de 2008 y, particularmente en la Ciudad de México desde el día 16 de enero del año 2015, a efecto de combatir este mal, en todos los niveles de gobierno, se enfatizó el tema, por ejemplo: se publicó la *Ley General de Víctimas*, el 9 de enero de 2013, y en los tribunales se acude no sólo a las normas de la materia sino a la jurisprudencia

internacional, en especial los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los estándares de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, los criterios mandatorios del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y el Protocolo de Estambul principalmente y se crearon también protocolos de actuación para los juzgadores en el caso de una denuncia por tortura, por ende, en el presente trabajo se desarrollara cuál ha sido la experiencia en el tema.

I. Definición de tortura

Se debe establecer qué se entiende por Tortura, siendo que en Tratados Internacionales, se define como:

... todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras.

Concepto que se obtiene de la Declaración de las NACIONES UNIDAS sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada el año 1975 (Primer instrumento internacional que elaboró una definición).

Como se ha dicho, estos instrumentos internacionales motivaron que en nuestro sistema de derecho doméstico se incorporara a la tortura como delito en diversos ordenamientos legales, citando como ejemplos los siguientes:

El 5 de junio del año 2012, se publicó en la Gaceta Oficial del Gobierno de nuestra Ciudad, el Decreto por el que se derogan y adicionan diversas disposiciones del Código Penal entonces del Distrito Federal, en el que se adiciona el artículo 206 bis, que a la letra reza:

Artículo 206 Bis.

Se impondrán de tres a doce años de prisión y de doscientos a quinientos días multa, al servidor público del Distrito Federal que, en el ejercicio de sus atribuciones o con motivo de ellas, inflija a una persona dolores o sufrimientos, ya sean físicos o mentales, incluida la violencia sexual, con fines de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier otro fin.

Se entenderá también como tortura y se sancionará con las penas previstas en el presente artículo, la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o

mental, aunque no cause dolor físico o angustia psicológica.

Las mismas sanciones se impondrán al servidor público que, en el ejercicio de sus atribuciones o con motivo de ellas, instigue o autorice a otro a cometer tortura, o no impida a otro su comisión; así como al particular que, instigado o autorizado por un servidor público, cometa tortura.

No se considerarán como tortura dolores o sufrimientos físicos que a consecuencia únicamente de sanciones legales o derivadas de un acto legal de autoridad.

Aun y cuando la anterior definición es reciente, desde el año 1991, en nuestro país había entrado en vigor la Ley Federal para prevenir y sancionar la Tortura, en cuyo artículo 3° se definía que debíamos entender como tal:

Artículo 3o.

Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

II. La denuncia de tortura

Ahora bien, como se aprecia en las definiciones precedentes, el legislador local y federal tipificaron el delito de Tortura, con base a las referencias internacionales de dicha figura, en una Ley «General» o «Federal» pero ello genera problemática al momento en que el Ministerio Público desea integrar una carpeta de investigación por dicho delito, ante la complejidad de comprobar todos y cada uno de los elementos que requiere su configuración, el cual es considerado de realización oculta por su propia y especial naturaleza, en donde son las personas en su carácter de servidores públicos, quienes tienen detenida a una persona y por diversas causas de las señaladas en la ley cometen tortura, provocando a las víctimas pérdida de la vida; alteración de su salud; pérdida de su libertad; pérdida de sus ingresos económicos; incapacidad laboral; pérdida o daño a

la propiedad; y hasta menoscabo de su reputación, pero estas conductas torturadoras en la mayoría de los casos, lamentablemente no pueden ser probadas por conducto de dictámenes ante la imposibilidad de obtener testimonios al respecto.

Las modalidades de tortura van desde los golpes con puños, asfixia húmeda y seca, hasta patadas con botas, macanas y armas en diversas partes del cuerpo. Los insultos, amenazas, y humillaciones también forman parte de la perversa dinámica, así como las descargas eléctricas — generalmente en los genitales— hasta la desnudez forzada, y la tortura sexual, señala un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) presentado en 2016, respecto de la situación en nuestro país, así el organismo ha alertado que la falta de investigación oficiosa de las denuncias de tortura, es una de las causas que propician su repetición.



Al margen de lo anterior se debe establecer, que es de suma importancia la función del juez de control ante la noticia de Tortura, toda vez que en el marco de los principios del sistema acusatorio como la inmediación prevista en el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, consiste no sólo en la mera presencia del juez en la sala de oralidad correspondiente, sino principalmente en la inmediación de la información que provean las partes, de modo que no puede delegar en otra persona sus determinaciones las cuales deberán dictarse de manera inmediata con las excepciones que marca la ley, y resultaría inconcuso la queja expuesta de manera directa al juzgador si éste no atendiera la misma, en forma inmediata, pues precisamente la naturaleza del juez de control, radica en ejercer control en la investigación y en la actuación de la policía y Ministerio Público; por ello, una vez que una persona detenida es puesta a disposición al órgano jurisdiccional, quedan grabadas en audio y video todas sus manifestaciones, pues uno de los derechos rectores que lo asisten es la asistencia de un defensor que deberá ser licenciado en derecho sin limitante que el detenido por sí mismo ejerza actos de defensa material, pudiendo hacer uso de la voz cuando lo considere; siendo de vital importancia la función del juez al tener noticia del existencia de Tortura en la diligencia,

porque de ello dependerá el inicio de la investigación de éste tema.

En ese orden de ideas, en la audiencia inicial dispuestos los intervinientes a debatir la legalidad del control de detención, el juez de control acorde al principio de contradicción previsto en el aludido ordenamiento procesal, sometida también la diligencia a la publicidad que debe regir en toda audiencia del sistema acusatorio, los asistentes advierten el argumento o la denuncia de Tortura, y ésta denuncia constituye una duda y el punto de partida de un debate en el particular que debe ser aclarado no solo ante el juez sino ante la sociedad, pues esa duda consistente en si el justiciable fue torturado previamente a ser presentado ante el juez, genera también la inquietud respecto de la legal actuación de los servidores públicos que tuvieron contacto con el justiciable momentos anteriores, por ende, la misma no debe ser desatendida por el juez, al contrario, merece especial atención.



*«...se debe establecer,
que es de suma
importancia la
función del juez de
control ante la noticia
de Tortura, toda vez
que en el marco de los
principios del sistema
acusatorio como la
inmediación prevista
en el Código Nacional
de Procedimientos
Penales, consiste no
sólo en la mera
presencia del juez en
la sala de oralidad
correspondiente, sino
principalmente en la
inmediación de la
información que
provean las partes, de
modo que no puede
delegar en otra
persona sus
determinaciones las
cuales deberán
dictarse de manera
inmediata con las
excepciones que
marca la ley...»*

La denuncia de tortura implica un impacto ante el juez de control, pero como saber si ésta denuncia es un hecho real y verídico o se trata simplemente de un argumento de defensa para buscar evadir la responsabilidad de su representado. Luego entonces, ¿para qué debe ser investigada la tortura? y ¿qué debe de realizar el juez de control al tener conocimiento de la existencia de tortura?

En el primer orden, la tortura debe ser investigada para evitar que los cuerpos policiacos o Ministerios Públicos se valgan de la misma, como medio o más grave aún, como método para poder incriminar a una persona y justificar su participación en la comisión de otro delito, con la información que exclusivamente aporta el detenido o con su confesión, debe existir un repudio universal o total de esta práctica, al ser ajena a una investigación policial científica, y por tanto, propia de investigaciones policiales equivocadas o empíricas.

El Código Nacional de Procedimientos Penales ha establecido diversos tamices para evitar esta mala práctica, como el caso en que el acusado decide acogerse a su derecho constitucional previsto en el artículo 20, apartado "B" fracción II de declarar en cualquier etapa del procedimiento penal, pero aquellas entrevistas previas al juicio no tendrán ninguna validez, lo que significa que si el justiciable declara o rinde una entrevista preliminar a la

audiencia de juicio, dichas manifestaciones no podrán ser invocadas, en la etapa última y de decisión del proceso, es decir, no tendrán ninguna trascendencia jurídica tal y como lo prevé el artículo 357 del Código Procesal Penal aludido —con independencia de que su silencio no será considerado tampoco como presunción de culpabilidad—, con ello se busca que toda información obtenida con tortura carezca de eficacia probatoria, y así se inhibe a los cuerpos policíacos y Ministerios Públicos a hacer uso de dicha práctica para poder soportar sus investigaciones ante la ineficacia e ineficiencia de su investigación.

De ahí que la actuación del juez de control es de relevancia, y se debe aprovechar lo que jurisprudencialmente se ha establecido en el actuar del juez de control al tener noticia de la existencia de actos de Tortura; ello implica una actuación en dos vertientes: la primera dar vista al Ministerio Público para que realice una investigación de las manifestaciones del justiciable, con la acotación de que la carga de probar la existencia de Tortura no corresponde al imputado, sino que el Ministerio Público debe de investigar y en su caso probar que no existe tortura, de ser así debe ejercitar acción penal en contra de aquellos que la hayan provocado sean o no

servidores públicos, por ejemplo, en los siguientes criterios¹ y²:

TORTURA. LA AUTORIDAD TIENE LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGARLA EN CASO DE EXISTIR EVIDENCIA RAZONABLE.

Atendiendo a la obligación del Estado de investigar actos de tortura, corresponde al juzgador, en caso de existir evidencia razonable y dependiendo del tipo de maltrato alegado, ordenar la investigación al Ministerio Público

¹ Tesis: 1a. LIV/2015 (10a.), de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 1424, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, del SJF y su Gaceta, el número de registro 2008502, bajo el rubro: TORTURA. LA AUTORIDAD TIENE LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGARLA EN CASO DE EXISTIR EVIDENCIA RAZONABLE.

² Tesis: I.9o.P.115 P (10a.), de la Décima Época, sostenida por Tribunales Colegiados de Circuito, visible en la página 2277, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo IV, , del SJF y su Gaceta, el número de registro 2013007, bajo el rubro: ACTOS DE TORTURA. SI DE LA DECLARACIÓN DEL INCUPLADO O DE LAS CONSTANCIAS DE AUTOS SE ADVIERTE QUE PUDO HABER SIDO VÍCTIMA DE AQUÉLLOS DURANTE SU DETENCIÓN, ES OBLIGACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL DAR VISTA AL MINISTERIO PÚBLICO DE SU ADSCRIPCIÓN PARA QUE ACTÚE DE ACUERDO CON SUS FACULTADES LEGALES, AUN CUANDO SE PRODUZCA EL FALLECIMIENTO DE AQUÉL EN ALGUNA DE LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO.

y, a su vez, actuar en el proceso, de forma efectiva e imparcial, para garantizar que se realicen los estudios relativos pertinentes; de ahí que no siempre es el certificado médico de lesiones el que ha de valorarse para determinar si debe o no darse valor probatorio a la confesión rendida al dictarse la sentencia definitiva.

Amparo directo en revisión 90/2014. 2 de abril de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien formuló voto concurrente, y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Nínive Ileana Penagos Robles. Esta tesis se publicó el viernes 20 de febrero de 2015 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

ACTOS DE TORTURA. SI DE LA DECLARACIÓN DEL INculpADO O DE LAS CONSTANCIAS DE AUTOS SE ADVIERTE QUE PUDO HABER SIDO VÍCTIMA DE AQUÉLLOS DURANTE SU DETENCIÓN, ES OBLIGACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL DAR VISTA AL MINISTERIO PÚBLICO DE SU ADSCRIPCIÓN PARA QUE ACTÚE DE ACUERDO CON SUS FACULTADES LEGALES, AUN CUANDO SE PRODUZCA EL FALLECIMIENTO DE AQUÉL EN ALGUNA DE LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO.

«...la actuación del juez de control es de relevancia, y se debe aprovechar lo que jurisprudencialmente se ha establecido en el actuar del juez de control al tener noticia de la existencia de actos de Tortura; ello implica una actuación en dos vertientes: la primera dar vista al Ministerio Público para que realice una investigación de las manifestaciones del justiciable, con la acotación de que la carga de probar la existencia de Tortura no corresponde al imputado, sino que el Ministerio Público debe de investigar y en su caso probar que no existe tortura, de ser así debe ejercitar acción penal en contra de aquellos que la hayan provocado sean o no servidores públicos...»

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1o., establece que todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en ella y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es Parte, así como de las garantías para su protección; en razón de lo anterior, es obligación de sus autoridades, en el ámbito de su competencia, procurar la protección de los derechos humanos, entre los que se encuentran, la prohibición de la tortura y la protección a la integridad personal, previstos en los artículos 22 y 29 de la Constitución Federal, por lo que no se trata de un deber exclusivo de las autoridades que deban investigar o juzgar el caso de quien refiera haber sido víctima de dicha vulneración. En esa tesitura, cualquier órgano jurisdiccional encargado de administrar justicia que en su marco de actuación tenga noticia o advierta, ya sea porque el inculcado lo declare ante él, o de las propias constancias de autos se desprenda, que aquél pudo haber sido víctima de posibles actos de tortura durante su detención, lo obliga a dar vista al Ministerio Público de su adscripción, para que éste actúe de acuerdo con sus facultades legales, aun cuando se produzca el fallecimiento de aquél en alguna de las etapas del procedimiento, ya que el deceso de la probable víctima de tortura, no impide ni hace impertinente ordenar la aludida vista, en razón de que

además de que en su vertiente de delito, la tortura es imprescriptible debido a su gravedad, su prohibición es un derecho humano que no admite excepciones para ser perseguida e investigada, por lo que su vigencia no puede alterarse aun con la pérdida de la vida de la víctima; máxime que pudiera existir la posibilidad de que dicho deceso fuera consecuencia de los probables actos de tortura que se le hubieran inferido y, por ende, que se materializara una circunstancia distinta de reparación hacia los deudos del occiso, por el probable responsable del delito, o el propio Estado, en términos del artículo 10 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 55/2016. 14 de julio de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Aguilar López. Secretario: Daniel Guzmán Aguado. Esta tesis se publicó el viernes 11 de noviembre de 2016 a las 10:22 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

En segundo lugar, el juzgador debe ordenar una investigación sobre los actos de Tortura en forma autónoma e independiente, para en caso de comprobarse la existencia de esta, se pronuncie sobre los efectos jurídicos de la misma en la carpeta de investigación correspondiente, como lo es la exclusión de medios de

prueba conducentes por ilicitud en la obtención de las mismas, tal y como lo prevé el *Código Nacional de Procedimientos Penales* en los numerales 97 y 101. En otras palabras, como es sabido cualquier acto realizado con violación de derechos humanos será nulo y no podrá ser saneado, ni convalidado y su nulidad deberá ser declarada de oficio por el órgano jurisdiccional al momento de advertirla o a petición de parte en cualquier momento. Por ende, el juzgador deberá pronunciarse sobre aquellos actos de investigación que en su consideración son nulos, haciendo la declaratoria de nulidad y especificar los actos que alcanzó la nulidad por su relación con el acto anulado. De tal modo que se desarrolle el proceso de manera ordinaria hasta el juicio, toda vez que el Tribunal de Enjuiciamiento no puede declarar la nulidad de actos realizados en las etapas previas al juicio, salvo las excepciones previstas en el propio Código, para garantizar el cumplimiento de los derechos o los intereses del sujeto afectado.

Debe destacarse que, en el supuesto de que la investigación ordenada por el juez de control sobre ese tópico, además de resultar adecuada, implica única y exclusivamente la exclusión de los datos de prueba obtenidos directamente de los actos de Tortura, por lo tanto, la existencia de esta no es una excluyente de responsabilidad, por lo que no puede ser invocada por

la defensa en forma indiscriminada para obtener la libertad de una persona que representa en el proceso penal.

Es importante resaltar lo anterior, porque en nuestro quehacer cotidiano se invoca o se argumenta indiscriminadamente, por parte de la defensa actos de Tortura, alegando no sólo desde la primer audiencia, sino en etapas posteriores o incluso en asuntos concluidos que existió Tortura; y por vía incidental, han llegado a exponer que previamente esta no se había denunciado, con la mendaz intención de bajo este argumento obtener algún beneficio para su representado. Lo cierto es que, el porcentaje de actos de Tortura ciertos que se han denunciado es muy bajo, equivale al 1 % de los casos, lo que revela en algunos casos la dificultad para demostrar actos de tortura y en muchos otros casos, efectivamente la no existencia de esta, evidenciando el abuso en el ejercicio de sus facultades por parte de los defensores, y una práctica desleal para obtener beneficios en forma indebida; sin dejar a un lado, y no menos importante, la inversión de recursos que ello implica, por lo que el desempeño ético de la defensa en muchos casos, es cuestionado.

Por otro lado, en caso de que se compruebe la Tortura el juez de control debe excluir los medios de prueba que se desprendan de ella, no obstante, la existencia de Tortura no lo excluye de responsabilidad penal

en la carpeta de investigación que motivó la presencia del justiciable originalmente ante el juez de control, es decir, debe responder por el delito cometido, y en su caso será acreedor a la indemnización respectiva por los actos de tortura solamente.

«Debe recordarse que el juez de control ya no tiene conocimiento o asignación de carpetas de investigación, como sucedía antes de la incorporación del sistema de justicia acusatorio, en donde las consignaciones penales que remitía la Procuraduría General de Justicia eran radicadas en un juzgado y el juzgador conocía de las mismas desde el comienzo del proceso hasta su conclusión; afortunadamente hoy, son varios juzgadores que conocen en forma aleatoria un mismo asunto, privilegiando la objetividad e imparcialidad de sus decisiones, y por tanto, la información que se obtenga de las diligencias ordenadas por el juez respecto las establecidas en el Protocolo de Estambul.»

Finalmente, debe recordarse que el juez de control ya no tiene conocimiento o asignación de carpetas de investigación, como sucedía antes de la incorporación del sistema de justicia acusatorio, en donde las consignaciones penales que remitía la Procuraduría General de Justicia eran radicadas en un juzgado y el juzgador conocía de las mismas desde el comienzo del proceso hasta su conclusión; afortunadamente hoy, son varios juzgadores que conocen en forma aleatoria un mismo asunto, privilegiando la objetividad e imparcialidad de sus decisiones, y por tanto, la información que se obtenga de las diligencias ordenadas por el juez respecto las establecidas en el Protocolo de Estambul, se deben informar a las partes para que éstas tengan conocimiento y puedan hacer valer la información obtenida en cualquier etapa del procedimiento, tal y como establece el siguiente ordinal de dicho instrumento:

Artículo 3.- común del Protocolo de Estambul, reza:

... se prohíben, en cualquier tiempo y lugar [...] atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura [...] atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes...

Si consideramos el deber de lealtad que rige la actuación del

Ministerio Público y que se plasma como principio en el artículo 128 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, consistente en que el Ministerio Público deberá actuar durante todas las etapas del procedimiento en las que intervenga deberá proporcionar información veraz sobre los hechos, sobre los hallazgos en la investigación y tendrá el deber de no ocultar a los intervinientes elemento alguno que pudiera resultar favorable para la posición que ellos asumen, sobre todo cuando resuelva no incorporar alguno de esos elementos al procedimiento; en relación al deber de objetividad y debida diligencia, previsto en el numeral 129 de dicho ordenamiento legal, que establece que toda investigación debe ser objetiva y referirse tanto a los elementos de cargo como de descargo y conducida con la debida diligencia, a efecto de garantizar el respeto de los derechos de las partes y el debido proceso. Además de que durante la investigación, tanto el imputado como su Defensor, así como la víctima o el ofendido, podrán solicitar al Ministerio Público todos aquellos actos de investigación que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. Con ello se busca que la actuación del juez de control sea proactiva para evitar actos de Tortura en las investigaciones policiales, y en su caso, que estas motiven la declaratoria de nulidad absoluta

como ya se acotó, generando impunidad, respecto de otro delito o debilitando la eficacia probatoria de diversa investigación.

Sin perder de vista que en la comisión de aquel delito, otra víctima reclama justicia, y por lo tanto la existencia de Tortura no puede ser una causa de impunidad, porque ello implicaría una revictimización del pasivo del delito, al ser afectada su esfera jurídica por el justiciable que se duele de tortura, y después con una mala actuación de los servidores públicos que pueden provocar su libertad, de ahí la importancia y complejidad del juez ante la noticia de Tortura, la cual no debe confundirse con la fuerza necesaria para lograr la detención de una persona, porque la Tortura como se ha indicado tiene un fin determinado.

Conclusión

La prohibición contra la Tortura debe ser como la prohibición contra la esclavitud o el genocidio, absoluta e inadmisibles bajo cualquier circunstancia, incluso en estados de emergencia como la guerra, por citar un ejemplo, con el firme propósito de evitar las fatales consecuencias que acarrearán las violaciones a los derechos fundamentales de toda persona, y con ello buscar bajo una cultura de la verdad, de cambio en la visión de ineficiencia que se tiene de las instituciones de procuración e impartición de justicia a nivel nacional e internacional en relación a

la práctica de la Tortura, toda vez que una noticia de Tortura bien investigada permitirá de existir sancionar a los responsables y separarlos del cargo de ser servidores públicos quienes la ejercieron o quienes la toleraron de particulares, lo que servirá para inhibir las consecuencias que acarrea dicha práctica; pero de ser falso ese argumento tener el soporte probatorio para demostrar ello, pero siempre debe existir una respuesta convincente ante la noticia de la Tortura.

Por otro lado, para asegurar el éxito de las investigaciones de delito de Tortura, las Procuradurías de Justicia o Fiscalías de cada entidad federativa, deben dotarse de personal suficiente y debidamente capacitado, de recursos y equipos técnicos y procedimientos de investigación, que incorporen las mejores prácticas extendidas en los países más avanzados de la comunidad internacional, y cuenten con los recursos financieros necesarios que aseguren que la persecución penal de los responsables de delitos de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes resulte efectiva y al mismo tiempo respetuosa de los estándares internacionales de los derechos humanos, para de esa manera contribuir a que la ciudadanía de México se encuentre debidamente protegida por las autoridades, que disfruten de manera efectiva de los derechos fundamentales que les

garantiza la Constitución, y se logren mejores resultados en la lucha contra la impunidad de la tortura y de otras conductas conexas tales como detenciones arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales o desapariciones forzadas.

Fuentes consultadas

Bibliografía

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas, crueles, inhumanos o degradantes, sobre su misión a México, (21 de abril a 2 de mayo de 2014).

Legislación Nacional

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código Penal para el Distrito Federal.

Legislación Internacional

Protocolo de Estambul Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.