



# Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Penal Acusatorio

**GOBIERNO  
FEDERAL**

**SEGOB**



SECRETARÍA TÉCNICA DEL CONSEJO DE COORDINACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN  
DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL



**Vivir Mejor**

# LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO

OSWALDO CHACÓN ROJAS  
CARLOS FAUSTINO NATARÉN NANDAYAPA\*

PRESENTACIÓN DE  
FELIPE BORREGO ESTRADA

---

\*Colaborador de investigación.



## ÍNDICE

PRESENTACIÓN .....	VII
INTRODUCCIÓN .....	1

### **Contenido**

Capítulo I. Origen y teoría contemporánea de las medidas cautelares .....	5
1. Sobre el objeto y fin del proceso penal .....	5
A. Proceso penal, Estado de Derecho y Derechos Humanos.....	6
B. Fines y Objetos del proceso penal en la doctrinal procesal.....	9
C. El objeto del proceso penal en la reforma constitucional del 18 de junio de 2008.....	12
2. Las medidas cautelares y la ciencia del proceso penal. ....	14
A. La teoría de las medidas cautelares en el sistema de justicia penal mexicano .....	17
B. La teoría de las medidas cautelares en la obra de Calamandrei.....	18
C. Las medidas cautelares en la doctrina procesal penal contemporánea. ....	35
Los argumentos que establecen la finalidad procesal de las medidas cautelares .....	41
Los argumentos que amplían las finalidades de las medidas cautelares en materia penal .....	48
Capítulo II. Las medidas cautelares en el derecho comparado: España, Chile y Costa Rica.....	53
Las medidas cautelares en España .....	58
A. Citación cautelar.....	59
B. Detención .....	59
Presupuestos.....	60
Duración de la detención .....	61
Prisión provisional.....	64
Riesgo de fuga.....	68
Peligro para la investigación .....	68

Peligro de reiteración delictiva .....	69
Exclusión de la alarma social como fin de la prisión provisional.....	71
Duración de la prisión provisional .....	71
Procedimiento para decretar la prisión provisional .....	72
Libertad provisional.....	72
Presupuestos.....	73
Obligaciones accesorias .....	73
La fianza: .....	73
La obligación de comparecer ante el Juez:.....	74
Privación del permiso de conducir vehículos de motor o de la licencia para conducir ciclomotores .....	74
Suspensión de función o cargo público .....	75
Prohibición de abandonar el territorio nacional.....	75
Las medidas cautelares en el proceso chileno .....	76
Medidas específicas .....	76
Citación.....	76
Detención.....	78
Prisión Preventiva.....	81
Presupuestos de aplicación .....	83
Presupuestos subjetivos .....	85
Procedimiento para la imposición de la prisión preventiva .....	85
Duración de la prisión preventiva.....	87
Incomunicación.....	88
Sustitución de la prisión preventiva por otras medidas cautelares .....	89
Recursos.....	90
Término de la prisión preventiva .....	90
Otras medidas cautelares personales .....	91
Oportunidad.....	92
Suspensión temporal de la medida.....	92
Las medidas cautelares en el proceso penal de Costa Rica .....	93

Capítulo III. La reforma constitucional y el nuevo sistema de medidas cautelares.....	97
Los señalamientos sobre el abuso de la prisión preventiva y su necesaria racionalización .....	98
La introducción del juez de control y su relación con la eficacia en la resolución sobre medidas cautelares.....	104
El texto de la reforma constitucional .....	106
<i>La Vinculación a proceso en el nuevo modelo.</i> .....	109
Las diferencias esenciales entre la vinculación y el auto de plazo .....	112
La prueba en materia de medidas cautelares.....	121
Capítulo IV Las medidas cautelares en los nuevos códigos mexicanos .....	127
Delimitación de los códigos a analizar.....	127
La regulación de las medidas cautelares en la legislación mexicana .....	136
El principio de proporcionalidad en la imposición de las medidas cautelares.....	138
Tramitación .....	140
Autoridad competente para el seguimiento de las medidas cautelares .....	142
Las medidas cautelares penales en el sistema jurídico mexicano.....	143
I. Presentación ante el juez o ante autoridad distinta. ....	144
II. Presentación de garantía económica.....	145
III. Embargo precautorio de bienes .....	147
IV. Prohibición de salir de un ámbito territorial sin la previa autorización del juez .....	148
V. Resguardo en su propio domicilio, sin vigilancia alguna o con las modalidades que el Juez disponga.....	149
VI. Sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o internamiento en institución determinada .....	149
VII. Colocación de localizadores electrónicos.....	149
VIII. Prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares .....	150
IX. La prohibición de convivir, comunicarse o acercarse a determinada distancia de ciertas personas o con las víctimas, ofendidos o testigos .....	150
X. Separación inmediata del domicilio .....	151

XI. Suspensión temporal en el ejercicio del cargo en caso de delitos cometidos por servidores públicos .....	151
XII. Suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral .....	152
XIII. Vigilancia policial .....	153
XIV. La prisión preventiva .....	153
Consideraciones generales .....	153
Tratamiento procesal de los presupuestos constitucionales de la prisión preventiva .....	156
Tratamiento procesal de la prisión preventiva dictada de oficio.....	158
Revisión de la medida cautelar de prisión preventiva .....	162
Conclusiones.....	163



## PRESENTACIÓN

La reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008 marcó el inicio de la transformación del sistema de justicia penal en México, ya que representa la transición del proceso penal inquisitorio, hacia uno de corte acusatorio. Con esta reforma se pretende terminar con los procesos penales con rasgos autoritarios, plagados de oscuridad, secrecía y parcialidad, para abrirle paso a procesos transparentes, dirigidos bajo el pleno respeto a los derechos humanos y bajo una racionalidad de equilibrio e igualdad entre las partes.

El impacto y beneficio provocados por dichas modificaciones se proyectan directamente en la forma de entender y concebir el derecho por parte de los operadores de dicho sistema como son jueces, ministerios públicos, defensores, indiciados y víctimas del proceso penal. El objetivo que esta transformación busca es dejar atrás la impunidad y la arbitrariedad, que existían hasta antes de la reforma penal que nos ocupa.

Para cumplir con éxito esta importante tarea, se creó el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, como órgano de coordinación encargado de dirigir y diseñar las estrategias pertinentes para la materialización del nuevo modelo de justicia penal a nivel nacional, con el propósito de que la operación y funcionamiento del proceso de implementación sea integral, congruente y eficaz en todo el país. De la misma manera, se previó la creación de la Secretaría Técnica como instancia operativa encargada de ejecutar los acuerdos y determinaciones del referido Consejo, además de fungir como órgano de apoyo y coadyuvancia para las entidades federativas que así lo soliciten para la implementación del Sistema de Justicia Penal.

En esa labor de adoptar nuevas prácticas para enriquecer y mejorar el entendimiento del nuevo sistema de justicia penal, la Secretaría Técnica ha realizado diversas acciones a fin de llevar a cabo con éxito esta difícil transición. Por ello, hemos realizado diversos estudios especializados sobre las transformaciones procesales que implican la implementación del nuevo sistema de justicia penal acusatorio.

Una de las motivaciones que impulsaron la reforma constitucional era reducir la sobrepoblación que existe en nuestras cárceles, ya que muchos de los reos se encuentran compurgando penas sin tener una sentencia definitiva y muchos otros se encuentran sentenciados por delitos menores. Por lo anterior, en el proceso legislativo, la idea de cambiar a la prisión preventiva como medida

cautelar de naturaleza por tanto excepcional, tuvo mucho éxito y logró formar parte de nuestro texto constitucional.

Es por ello que la Secretaría Técnica, a través de su Dirección General de Estudios y Proyectos Normativos, ordenó la elaboración de un estudio sobre las medidas cautelares en el nuevo sistema de justicia penal, ya que como se menciona con esta reforma, la prisión preventiva es la excepción a la regla para la tramitación de un proceso penal. Derivado de lo anterior, surgió la necesidad de estudiar el impacto que tendría el límite a la prisión preventiva en los códigos de procedimientos penales, y por otra parte, era necesario el incluir en los mismos una diversidad de medidas cautelares que, sin atentar contra la libertad del individuo, sirvieran efectivamente para lograr con éxito un proceso penal garantizando los derechos fundamentales de todas las partes en el proceso.

Algunas de las consideraciones hechas al momento de realizar este trabajo fueron: ¿Qué son, cuáles son y cómo se definen las medidas cautelares en el procedimiento penal acusatorio? ¿Cuál ha sido la experiencia sobre las buenas y malas prácticas en el uso de las medidas cautelares en el proceso penal? ¿Qué tipo de medidas cautelares podrían resultar funcionales en el sistema de justicia penal mexicano, a fin de cumplir con los principios señalados en la reforma constitucional de junio de 2008?

La importancia del tema requería que dichos cuestionamientos fueran abordados por un especialista con un amplia experiencia en el funcionamiento del sistema penal mexicano antes de la reforma, que además tuviera muy claros los nuevos principios introducidos a partir de las reformas constitucionales de amparo y de derechos humanos tomando en consideración, que las medidas cautelares en el procedimiento penal, son restrictivas de la libertad personal.

Después de realizar una búsqueda exhaustiva de profesionales del derecho, se eligió al Doctor Oswaldo Chacón Rojas, un especialista preocupado por entender y descifrar el alcance de las normas constitucionales quién también ha realizado importantes aportaciones y propuestas académicas en diversos campos y temas del derecho mexicano.

El Doctor Chacón es licenciado en derecho por la Universidad Autónoma de Chiapas, maestro en Estudios Amerindios por la Casa de América de Madrid, España, Doctor en teoría política por la Universidad Autónoma de Madrid, especialista en altos estudios internacionales por la Sociedad de Estudios Internacionales, también especialista en derecho constitucional y ciencia política, así como en derechos humanos por la Universidad Complutense de Madrid, España.

En este estudio denominado *“Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Penal Acusatorio”*, el lector encontrará un importante instrumento que servirá como directriz para entender la importancia de las medidas cautelares y sus elementos esenciales en una exposición clara y precisa del tema que nos ocupa. El autor realiza un análisis doctrinal en el derecho comparado, sobre la interpretación sistemática de las normas involucradas y el examen de los diferentes criterios jurisdiccionales existentes. Elabora un análisis del Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, presentado como Iniciativa por el Presidente de la República a la Cámara de Diputados el 21 de septiembre de 2011, por ser este código, en palabras del propio Doctor Chacón *“un claro adelanto respecto de los ordenamientos que lo preceden dentro de una nueva generación en la familia de códigos acusatorios mexicanos”*.

Este estudio guarda especial importancia por su contenido, ya que a través del mismo se podrá aumentar el grado de eficiencia de los procesos penales y al mismo tiempo respetar los derechos humanos de las víctimas e indiciados en el proceso penal.

Exhorto al lector para que con plena seguridad dedique parte de su tiempo en el examen y consideración de cada uno de los postulados de mismo. Seguramente, después de la lectura, le serán resueltos muchos de los cuestionamientos que previamente tenía respecto al alcance de los nuevos principios contenidos a partir de la reforma constitucional y que se encuentran íntimamente relacionados con las medidas cautelares dentro del proceso penal acusatorio, ya que se trata de un tema cuya comprensión es toral para un adecuado funcionamiento del nuevo sistema de justicia penal acusatorio.

Lic. Felipe Borrego Estrada  
Secretario Técnico del Consejo de Coordinación para  
la Implementación del Sistema de Justicia Penal

## Introducción

En el proceso penal siempre está la amenaza de la cárcel. Esta sombra ominosa que se cierne sobre el proceso marca su carácter y sus características. De hecho, para la realidad cotidiana de un ciudadano común, esta capacidad de afectar la libertad personal es la característica más importante del proceso penal. En efecto, cuando la libertad de un individuo se ve amenazada o restringida se altera la vida de toda su familia y se compromete su patrimonio. Esta característica lo diferencia de los otros tipos de procesos y provoca que --en tanto nadie tiene la garantía de jamás tener que afrontarlo-- su regulación concierna a todos los ciudadanos

Ahora bien, en la pena de prisión, la afectación del derecho fundamental a la libertad se fundamenta en la trascendencia de los bienes jurídicos que el Derecho Penal busca proteger y en la existencia de su daño. Sólo la probada existencia del injusto y la determinación de la responsabilidad de una persona justifican la imposición de la pena privativa de libertad y, al mismo tiempo, la convierte en un medio de prevención y de acuerdo con nuestro sistema constitucional, como un medio de reinserción social.

En otras palabras, la pena privativa de la libertad personal --la cárcel-- sólo se justifica como sanción impuesta al responsable de un delito, sin embargo, existe otra modalidad de restricción a la libertad personal, de común aplicación en el proceso penal mexicano, cuya justificación debe ser totalmente diferente en un Estado Constitucional de Derecho: la prisión preventiva.

En efecto, la prisión preventiva, a diferencia de la pena privativa de la libertad, debe de tener una justificación distinta ya que su naturaleza jurídica no es la de una sanción, sino la de una medida cautelar. Esta profunda diferencia cambia los fundamentos y la *ratio* de su aplicación. Sin embargo, en la realidad los efectos de la prisión preventiva no se diferencian de los que implica la pena de prisión, al contrario, en muchos sentidos los efectos en la vida del sujeto de la prisión provisional son los mismos o mas intensos, por lo que en muchas ocasiones e, incluso, desde la misma doctrina, se ha perdido de vista su naturaleza cautelar. Es precisamente esta confusión en el tratamiento de la prisión preventiva la que ha permitido que en muchas ocasiones su utilización sea la del adelantamiento de la pena.

En este sentido, si bien en el proceso penal muchas veces, y de hecho, en la gran mayoría de los casos, está en juego la libertad de los individuos, en los países de nuestro entorno, la prisión y sus nocivos efectos se ven adelantados, por regla general, a las primeras etapas del proceso debido al abuso en la utilización de la prisión preventiva. Se ha convertido en la práctica en un adelantamiento de la pena. En otros casos aun peores es una pena sin fundamento. Ahora bien, no debe perderse de vista que este no es un problema exclusivo del ordenamiento mexicano, al contrario, esta situación se repite en los sistemas procesales de nuestro entorno y sin lugar a dudas, ha sido una de las causas que impulsan la reforma al sistema de justicia en toda América Latina.

En el caso de México, la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública de 2008 busca modificar el abuso sistemático de la prisión

preventiva en el sistema jurídico mexicano estableciendo la obligación legislativa de incorporar un grupo de medidas cautelares que serán de aplicación preferente a la prisión preventiva.

De esta manera la transformación de las prácticas de la utilización de las medidas cautelares constituyen una de las más importantes apuestas de la reforma de 2008 y su uso racional constituye una de las metas más importantes del nuevo sistema. En otras palabras, el poder reformador de la constitución mexicana no proscribió el uso de la prisión preventiva sino su abuso.

Las medidas cautelares en el proceso penal afrontan la difícil empresa de conciliar la necesidad de proteger a la sociedad y, en especial, a la víctima u ofendido del delito, con la obligación del mismo estado de derecho de respetar los derechos del individuo sujeto a proceso. Esta es la tensión inherente al diseño del proceso penal, sin embargo, es en el ámbito de la prisión preventiva donde puede observarse con toda su crudeza.

El presente trabajo consta de cuatro capítulos que buscan dar un panorama general de la nueva regulación de las medidas cautelares en el sistema jurídico mexicano.

En el primer capítulo se presenta los fundamentos teóricos de la teoría de las medidas cautelares y el debate que genera su adaptación al pasar del proceso civil –donde se creó—al ámbito penal, para finalizar esbozando lo que en nuestra opinión resulta la clave de la utilización exitosa del nuevo sistema: el test de proporcionalidad.

El segundo capítulo se dirige a dar un breve panorama de las medidas cautelares en tres de los ordenamientos jurídicos que más han influido en la configuración del modelo mexicano: el español, el costarricense y el chileno.

En el tercer capítulo se aborda la reforma constitucional mexicana, a partir de los dictámenes del Congreso durante su elaboración para, posteriormente, describir las profundas modificaciones que la reforma implica en materia del auto de vinculación a proceso y su estrecha relación con las medidas cautelares. En este capítulo se realiza un *excursus* en el que se señala el error de las críticas a la reforma constitucional que sostiene que se suprimió la llamada “garantía de la libertad bajo caución”.

En el cuarto capítulo se aborda el desarrollo legislativo de las medidas cautelares tomando como base el proyecto de código federal de procedimientos penales presentado por el Ejecutivo Federal. Así pues, se destaca la relación de este proyecto con las legislaciones estatales y sus aportaciones para el desarrollo del que ya se puede considerar el modelo mexicano de proceso penal acusatorio. Finalmente, se presentan las conclusiones al desarrollo de este trabajo en el que se hace un recuento general del trabajo.

## Capítulo I. Origen y teoría contemporánea de las medidas cautelares

### 1. Sobre el objeto y fin del proceso penal

La reforma constitucional en materia de seguridad y justicia penal, publicada el 18 de junio de 2008 subraya en su artículo 19 que la prisión preventiva es una de las múltiples medidas cautelares que pueden ser aplicadas en el proceso penal, no la única, y con ello busca transformar la generalización de su aplicación en el proceso penal mexicano. De hecho, la reforma constitucional modifica profundamente la forma en que se entiende cual es la función social del proceso penal, por lo que para un cabal entendimiento del nuevo sistema de medidas cautelares, valdría la pena, aún de manera breve, realizar una breve reflexión sobre el objeto y finalidad del proceso penal en el Estado de Derecho contemporáneo.

En efecto, al encontrarnos dentro del proceso de implementación de la reforma al sistema de justicia penal, reflexionar sobre los fines del proceso constituye una premisa necesaria para poder entender de forma adecuada la propuesta en el tema que nos ocupa. Con esta consideración, abordaremos la relación entre el objeto y los fines del proceso –conceptos sobre los que existe una evidente diversidad de definiciones en la doctrina mexicana-- con los derechos fundamentales y en particular con los de naturaleza procesal. En efecto, si se busca comprender a cabalidad los fines del proceso penal, se tiene que partir de la

importancia de los bienes que están en juego, su estrecha relación con el Estado de Derecho y con la vigencia de las garantías o derechos humanos<sup>1</sup> de los ciudadanos.

#### A. Proceso penal, Estado de Derecho y Derechos Humanos

Como se ha mencionado, pocos temas como el proceso penal tienen tanta trascendencia en la relación entre el ser humano y el poder público. En efecto, la participación del individuo en el enjuiciamiento penal, ya sea como el inculpado, o como la víctima u ofendido por el delito, lo lleva a encontrarse en un ámbito donde el Estado despliega algunos de sus más poderosos instrumentos de coerción. De esta forma, “el proceso penal se convierte en un tema delicado y trascendental donde se resuelve el conflicto más severo entre intereses en juego, encarnados por personajes desiguales”<sup>2</sup> y, por tanto, su regulación se convierte en un tema de vital importancia en el Estado Constitucional de Derecho.

La cuestión principal que subyace en la regulación del proceso penal es el conflicto existente entre el ejercicio eficaz del *ius puniendi* y las libertades de los

---

<sup>1</sup> En este trabajo usaremos indistintamente los términos garantías individuales (en atención a la terminología constitucional y a su tradición) y derechos humanos aunque consideramos que en *stricto sensu* existen diferencias entre estos conceptos.

<sup>2</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio, “Los sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación (Ponencia General)”, en Storme, M., Gómez Lara, C. (coords.), XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. IV, Sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación, México, UNAM, 2005, pags. 1 y ss.

ciudadanos. En efecto, si consideramos que como señaló Beling: “El Derecho Penal no le toca al delincuente un sólo pelo”<sup>3</sup> resulta que le corresponde ser al proceso penal el campo en el que necesariamente se interfiere sobre la vida de los ciudadanos. En otras palabras, el Derecho Penal tiene su ámbito en la definición del *injusto penal* y las condiciones bajo las cuales amenaza con la aplicación al caso concreto una pena o, cuando menos, reaccionar con una medida de seguridad, pero el Derecho Penal no provee a su propia realización, no se aplica en automático ya que cuando en el “mundo real”, en la realidad social, acontece un hecho que aparentemente se adecua a las definiciones establecidas por el Código, para dar paso a la aplicación de una pena o medida de seguridad, es el Proceso Penal la única vía a su aplicación, a su realización. Por lo que es en el ámbito del Derecho Procesal Penal en el que conocemos en qué medida los derechos humanos y las garantías constitucionales tienen vigencia efectiva.

Esta situación –que es el proceso penal el campo donde la reacción del Estado al delito y la vigencia de los derechos y garantías conviven— puede revisarse con algo más de detalle, para ello se debe partir que el derecho a castigar está hoy reservado al Estado al encontrarse prohibida la venganza privada y al nacer, al mismo tiempo, como reverso de una misma moneda, la obligación estatal de velar por la protección de sus ciudadanos y de crear la reglas que posibiliten una persecución y juzgamiento del infractor y que la paz social sea renovada a través de la conclusión definitiva del procedimiento.

---

<sup>3</sup> Cfr. Ernst Beling, *Derecho Procesal Penal*, trad. Roberto Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1943, § 1, pag. 1.

Es este desarrollo de la civilización, la que a partir de la supresión del derecho a la venganza privada, permitió el surgimiento del derecho penal y del derecho procesal penal modernos, lo que impactó positivamente en la libertad y seguridad del individuo. Sin embargo, al mismo tiempo, este aumento de poder que el Estado recibe a través de la “expropiación” de la violencia penal puede significar un gran peligro para aquel individuo que, quizá siendo inocente, ha caído en sospecha. Por ello, con la aparición del derecho de persecución penal estatal, surgió también la necesidad de erigir barreras a la posibilidad de abuso del poder estatal<sup>4</sup>.

Así pues, junto al monopolio del ejercicio del *iuspuniendi* asumido en exclusivo por el Estado –lo que conlleva necesariamente la no disposición de la pena por los particulares que participan en el proceso penal— encontramos dos monopolios más que son instituidos en beneficio del individuo: el monopolio jurisdiccional de la aplicación de la pena y el monopolio procesal<sup>5</sup>.

El monopolio jurisdiccional atiende a que el *iuspuniendi* ha de aplicarse dentro del estado por los jueces y tribunales, los que se convierten en los únicos facultados para determinar su ejercicio. El tercer monopolio, se centra en que el derecho a castigar se aplica por los tribunales necesariamente por medio del proceso –como única vía— y no de cualquier otra forma. La unión de estos monopolios nos lleva

---

<sup>4</sup>Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Trad. Gabriela Córdova y Daniel Pastor, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pag. 2.

<sup>5</sup> Cfr. Montero Aroca, Juan, *Derecho Jurisdiccional, III, Proceso Penal*, 9ª. edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, pags. 11-14.

al contenido del principio de legalidad en materia penal que se articula a través de tres axiomas:

a) *Nullum crimen sine legge;*

b) *Nulla poena sine legge;* y

c) *nemo damnatus nisi per legale iudicium*

## B. Fines y Objetos del proceso penal en la doctrinal procesal.

Tomando como punto de partida lo señalado en el epígrafe anterior, es posible plantear que el fin del proceso penal se concreta en obtener una resolución sobre la responsabilidad penal del imputado –y por tanto, sobre la aplicación en el caso concreto del *iuspuniendi*-- que cumpla tres condiciones: que sea materialmente correcta; que, al mismo tiempo, sea obtenida con un estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico procesal, lo que incluye el pleno respeto a los derechos fundamentales y, como tercera condición, que la misma resolución nos lleve al restablecimiento de la paz jurídica<sup>6</sup>.

De esta forma, encontramos que dentro del Estado de Derecho no se puede considerar que la obtención de *cualquier* sentencia sea el fin del proceso penal,

---

<sup>6</sup> Es en este sentido que Roxin señala que el fin del proceso penal tiene una naturaleza compleja: “la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión”, Roxin, op. cit., pag. 4.

sino que las tres características señaladas constituyen el mínimo necesario, en otras palabras, la finalidad hacia la que se encamina toda la actividad del sistema de justicia penal.

De esta forma, la corrección material –entendida como el requisito de que la sentencia esté fundada en la realidad, en los hechos del caso--, el estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico procesal, y el restablecimiento de la paz jurídica constituyen las condiciones que debe cumplir la resolución o sentencia del tribunal, con la que se pone fin al proceso penal, para considerar que se cumplió con el fin del proceso penal dentro de los estándares del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Es de esta forma que se puede considerar que el fin del proceso es permitir la realización de la justicia penal, considerando que la justicia penal no sólo consiste en la aplicación de una pena sino, dado el caso, en la libertad del inocente<sup>7</sup>.

A partir de esta definición de lo que constituye el fin del proceso que la doctrina procesal ha señalado lo que constituye el objeto del proceso penal, en este sentido, se define como la cuestión sometida a la consideración del tribunal y sobre la cual ha de pronunciarse. El objeto del proceso es la cuestión que debe resolverse y sobre el cual se realiza la actividad procesal. En este sentido, el objeto del proceso –desde esta perspectiva doctrinal-- se encuentra definido por el hecho con apariencia delictiva y el sujeto a quien se le imputa su realización y respecto de quien se definirá la existencia o no de responsabilidad. En este punto

---

<sup>7</sup> Hernández Silva, Pedro, *Procedimientos Penales en el Derecho Mexicano*, México, Porrúa, 2006, pag. 7.

puede destacarse que existe una relación entre el objeto del proceso, entendido como el hecho aparentemente delictivo que da origen a la actividad procesal y la búsqueda de la recreación histórica de esos hechos que se fundamente en la idea de corrección material de la sentencia como fin del proceso.

De igual forma, se señala que existirá un objeto principal, que se encuentra determinado por la pretensión punitiva del Estado, que en otras palabras, es el núcleo de la cuestión jurídica sobre la cual se pide al juez o tribunal que se pronuncie. Junto al principal existirán objetos accesorios que constituyen aquellas otras cuestiones que, de manera marginal o incidental, son sometidas a la consideración del tribunal, entre estos objetos accesorios encontraremos a la determinación de la reparación del daño<sup>8</sup>.

Finalmente, resulta esencial para el proceso penal que este termine por una sentencia que se apegue a los hechos que conforman la denominada verdad histórica, en oposición a la “verdad formal” característica del proceso civil. De igual forma, se busca que toda sentencia penal sea la vía para la finalización del conflicto social que dio origen al proceso. Debemos señalar que de las tres finalidades que hemos señalado, de acuerdo con la doctrina y con la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, las dos primeras ceden su lugar y aceptan que esta última característica, el respeto a los derechos fundamentales, tenga primacía.

---

<sup>8</sup> Hernández Pliego, Julio, Derecho Procesal Penal Mexicano, 2ª. ed., México, Porrúa, 2003, págs. 22-25.

Este fenómeno de primacía de los derechos fundamentales sobre la corrección formal e incluso sobre la obtención de la paz pública fundamenta por ejemplo la regla de exclusión del proceso penal de toda aquella prueba que sea ilícita, lo que implica establecer como regla esencial del proceso la exclusión de material probatorio que no puede ser utilizado para fundar una condena en virtud que, durante su obtención o en su incorporación al proceso, se han vulnerado derechos fundamentales del imputado.

### C. El objeto del proceso penal en la reforma constitucional del 18 de junio de 2008

En el nuevo texto constitucional, el artículo 20 no sigue la terminología jurídico-procesal sino que –quizá en un afán de claridad para el ciudadano-- la redacción sigue un tono más coloquial utilizando el término de objeto del proceso en un sentido de finalidad, ya que establece, en la fracción I de su apartado A, 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.

Sin embargo, a pesar de que su redacción no es técnica, puede señalarse que el proceso penal constituye en si mismo una garantía que busca un equilibrio entre el interés social de una reacción eficiente frente al delito y los derechos de la víctima y del imputado. En efecto, de un lado, está el reconocimiento de los derechos

fundamentales del ciudadano--es un pilar del Estado de Derecho--; por otro lado, el Estado de derecho debe garantizar la seguridad de los ciudadanos y por tanto debe actuar frente a quien comete un delito y actúa en perjuicio de la libertad y de la seguridad tanto de la víctima, como del resto de la sociedad.

Recapitulando: ante la conducta delictiva, la respuesta de las culturas primitivas era la venganza privada o autotutela. Cuando la sociedad se organiza y aparece el Estado, es el propio Estado quien asume el derecho y el deber de prevenir y reprimir las conductas antijurídicas. Sin embargo el ejercicio del *iuspuniendi* del Estado tiene una limitación, la del principio de legalidad: no se puede sancionar penalmente una conducta si antes de su comisión no ha sido tipificada como delito o falta, no pudiendo imponerse pena distinta a la prevista por la Ley. Al mismo tiempo y desde la perspectiva procesal: el *iuspuniendi* ha de ejercitarse necesariamente a través de un proceso jurisdiccional, el proceso penal. El proceso penal es un instrumento para el ejercicio del *iuspuniendi* y al mismo tiempo es un límite para su mismo ejercicio. Dicho de otro modo, frente al poder del Estado de sancionar las nociones de legalidad y proceso –al establecerse como requisitos indispensables para su ejercicio-- se constituyen en defensas para evitar su ejercicio arbitrario.

En consecuencia, el proceso penal tiene la función de servir de instrumento para el ejercicio del *iuspuniendi* del Estado. Es, por ello, un medio de represión del delincuente y de mantenimiento de la paz social, así como una forma de autocontrol del Estado y de garantía de los derechos del inculpaado y de la víctima. Es en este contexto que debe entenderse la preocupación del poder reformador

de la constitución de modificar profundamente el régimen de las medidas cautelares en el proceso penal.

## 2. Las medidas cautelares y la ciencia del proceso penal.

En el proceso de reforma del sistema de justicia penal se encuentra el reto de establecer un proceso penal que, por un lado, permita de forma eficiente el combate a la delincuencia y, al mismo tiempo, garantice el pleno respeto a los derechos de las víctimas u ofendidos del delito y de los imputados. Estas dos finalidades, que impulsan el diseño del proceso en sentidos diferentes, deben ser equilibradas en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

En la regulación de las medidas cautelares establecer este equilibrio es más complicado, quizá debido a que en su funcionamiento impactan claramente las insuficiencias institucionales, al igual que las presiones sociales –y es para compensar las primeras y paliar las segundas que encontramos el abuso de la prisión preventiva en los sistemas latinoamericanos--<sup>9</sup>.

Ahora bien, la dificultad de la adecuada regulación de las medidas cautelares es que su uso no se justifica de la misma forma en que la pena privativa de libertad: como una medida retributiva o de prevención general. De hecho la *ratio* del

---

<sup>9</sup>Zepeda Lecuona, Guillermo, “El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México.” Ponencia al Congreso Internacional de Derecho Procesal. Puede consultarse en <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-516s.pdf>

establecimiento de la prisión preventiva es muy distinta, sólo se justifica en tanto se considera una medida cautelar, ya que no puede ser el adelanto de una pena.

Así pues, en un Estado de Derecho, la prisión preventiva solo puede regularse adecuadamente desde una correcta comprensión de su función de medida cautelar. Así, se pueden entender sus fines, las formas en que puede utilizarse y los límites que son inherentes a su utilización. Sin embargo, es evidente que el estudio de las medidas cautelares en la doctrina mexicana, hasta la reforma de 18 de junio de 2008, es especialmente pobre<sup>10</sup>.

Esta situación de extrema debilidad o carencia de fundamentos doctrinales para una institución como el proceso penal en México no debería sorprendernos. De hecho, este problema no es exclusivo de la doctrina mexicana –aunque en México su crudeza es evidente—ya que desde hace muchos años se ha destacado la debilidad de la ciencia del derecho procesal penal frente al Derecho Penal y al Derecho Procesal Civil.

De hecho, la doctrina mexicana recoge esta situación, ya que por un lado, existe un importante desarrollo de la ciencia del Derecho Penal, especialmente en lo que se refiere a la teoría del delito<sup>11</sup> y por otra existe una fuerte tradición de estudios

---

<sup>10</sup> De hecho una búsqueda de los términos: Medidas cautelares/proceso penal/mexico en la biblioteca del IJ de la UNAM arroja sólo dos resultados: un artículo de David Cienfuegos Salgado y otro de Camilo Constantino a los que habría que agregar los recientes trabajos de Sánchez Zepeda, Rodolfo, *El juez penal especializado en medidas cautelares*, México, Porrúa, 2010; González Chevez, Héctor, *Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal*, México, Fontamara, 2009; y Embris Vasquez, José Luis, *Medidas cautelares su transición al sistema acusatorio*, México, Porrúa, 2011.

<sup>11</sup> Al respecto pueden verse la mejor doctrina en la que destacan dos jóvenes penalistas: los trabajos de Díaz-Aranda, Enrique, entre otros *Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, México, Porrúa, 2000; *Derecho Penal, parte general*, México, Porrúa,

desde el Derecho Procesal Civil, con lo que Ciencia del Derecho Procesal Penal está en la situación de *cenicienta del proceso* que hace más de 65 años Francesco Carnelutti, de forma magistral, denunció al escribir:

“Había una vez tres hermanas que tenían en común, por lo menos, uno de sus progenitores: se llamaban la *ciencia del derecho penal*, la *ciencia del proceso penal* y la *ciencia del proceso civil*. Y ocurrió que la segunda, en comparación con las otras dos, que eran más bellas y prósperas, había tenido una infancia y una adolescencia desdichadas.

Con la primera le tocó dividir durante mucho tiempo la misma habitación; y *aquella* retuvo para sí lo bueno y lo mejor.”<sup>12</sup>

Esta situación es evidente que continúa hasta nuestros días. No existen estudios adecuados en muchos aspectos del derecho procesal penal pero en el tema de medidas cautelares se pueden apreciar dos carencias específicas:

- El estudio de la prisión preventiva no se ha desarrollado desde la naturaleza procesal de las medidas cautelares.
- En los casos excepcionales en que se ha abordado el estudio desde una perspectiva procesal de las medidas cautelares en el ámbito penal se ha hecho desde una perspectiva civilista, sin considerar que debe construirse una teoría desde las peculiaridades de los fines a los que sirve el proceso penal.

---

2003; y por supuesto, los trabajos de Ontiveros Alonso; Miguel, *Aportes fundamentales al derecho penal*, México, Porrúa, 2010; *Legítima defensa e imputación objetiva*, 2ª ed., México, INACIPE, 2005.

<sup>12</sup>Carnelutti, Francesco, “la Cenicienta” en *Cuestiones sobre el proceso penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Librería el Foro, 1994, pág. 15.

## A. La teoría de las medidas cautelares en el sistema de justicia penal mexicano

En nuestra opinión es necesario realizar un análisis de las medidas cautelares en el proceso penal con el objetivo de delimitar con claridad, por lo menos, tres elementos:

En primer término han de definirse tanto los requisitos, como los presupuestos que determinan la viabilidad de adoptar para el caso particular la medida cautelar. De igual forma, como tercer elemento debe establecerse con claridad las finalidades que, en un estado constitucional y democrático de derecho, las medidas cautelares pueden legítimamente buscar.

Ahora bien, como se ha señalado las medidas cautelares resultan uno de los ámbitos donde se refleja con claridad la difícil empresa de conciliar la necesidad de proteger a la sociedad y, en especial, a la víctima u ofendido del delito, con la obligación del mismo Estado de derecho de respetar los derechos fundamentales del individuo sujeto a proceso, por esta razón resulta de especial importancia incorporar el análisis del papel que juega la proporcionalidad en la definición de la medida cautelar en el caso concreto.

De igual forma, para establecer una teoría de las medidas cautelares en el ámbito penal es necesario incorporar la necesidad de la ponderación entre presunción de inocencia del imputado con los requerimientos de la protección de los bienes jurídicos que tutela el proceso penal.

Sin embargo, antes de llegar a estos puntos es conveniente sentar las bases de la teoría general de las medidas cautelares para que, partiendo de lo que establecen, definir las modificaciones que es necesario establecer en el ámbito penal. Por esta razón abordaremos en el epígrafe siguiente el estudio de las bases de esta teoría establecidas en el trabajo clásico de Piero Calamandrei.

## B. La teoría de las medidas cautelares en la obra de Calamandrei.

En el estudio de las medidas cautelares puede señalarse sin lugar a dudas que la obra *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*<sup>13</sup> constituye el clásico de referencia en esta materia. De hecho pocas obras han tenido un impacto tan profundo delimitando un tema como acontece con esta obra que aún al día de hoy es una referencia en la materia. Por lo que tomaremos este trabajo como punto de partida para establecer las líneas generales de una teoría de las medidas cautelares para posteriormente señalar las características específicas en materia penal, así como las modalidades que tiene en el sistema mexicano.

Las principales características de las medidas cautelares de acuerdo con este

---

<sup>13</sup> Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las Providencias Cautelares*, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1945 (el original italiano es de 1936). El trabajo de Calamandrei es un clásico que sirve de fundamento al estudio de este tema en los distintos ámbitos materiales del proceso. Al respecto, por ejemplo, puede apreciarse este punto de partida en la obra de Gascón Inchausti, Fernando, *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Barcelona, CEDECS, 1999; en el ámbito penal puede señalarse las referencias al maestro florentino en el excelente estudio de Marín, Juan Carlos, "Las Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno" REJ – Revista de Estudios de la Justicia, Nº 1, Año 2002, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

trabajo seminal del maestro florentino son: la provisionalidad, la instrumentalidad y su naturaleza jurídica de relación a término. De igual forma, Calamandrei señala que el peligro en la demora y la apariencia de buen derecho constituyen sus presupuestos. Realizaremos un breve recuento de cada una de estos elementos.

#### *a. Provisionalidad*

La primera cuestión que se señala es la limitación temporal y condicionada de una medida cautelar. Esta característica que se señala como una constante o distintiva de las providencias cautelares, en este trabajo la definiremos como: *provisionalidad*<sup>14</sup> es decir, la *limitación de la duración* de los efectos de estas medidas. Así pues, las mismas difieren, según la opinión de Calamandrei, de todas las otras providencias jurisdiccionales no por la *calidad* de sus efectos, sino por una cierta *limitación en el tiempo* de los efectos mismos.

Este concepto de *provisionalidad* se utiliza en un sentido distinto, y más restringido, que el de *temporalidad*. Así, *temporal es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada, mientras que provisional es lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado provisorio subsiste durante el tiempo intermedio*. En este sentido *provisional* equivale a *interino*; ambas expresiones indican lo que está destinado a

---

<sup>14</sup> Con lo que no seguiremos la terminología de *provisoriedad* que fue utilizada en la traducción de Sentís Melendo

durar solamente el periodo de tiempo *intermedio* que precede al evento esperado.

En consecuencia, partiendo de estas distinciones terminológicas, la cualidad de *provisionalidad* que Calamandrei da a las providencias cautelares significa lo siguiente: que los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración *temporal* (fenómeno que como el mismo autor reconoce, bajo un cierto aspecto, se puede considerar común a todas las sentencias pronunciadas con la cláusula *rebus sic stantibus*, de las cuales pueden nacer efectos dispositivos destinados a durar mientras pertenezcan sin variar ciertas circunstancias de hecho propias de la relación), sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre el dictado de la resolución judicial que otorga la medida cautelar y la emanación *de otra resolución*, que, en la terminología común, en contraposición a la calificación de *cautelar* dada a la primera, será considerada como *definitiva*.

La provisionalidad de las providencias cautelares sería, pues, un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de una resolución inicial (la medida cautelar) y los de otra resolución subsiguiente (la resolución definitiva o sentencia), el inicio de los efectos de la definitiva señalaría la cesación de los efectos de la primera.

Cuestión importante de enfatizar es que la provisionalidad de las providencias cautelares no tiene conexión con el modo de formación de la resolución que otorga una medida cautelar. Incluso en los casos en que una medida cautelar se otorgue fundado en un pleno conocimiento judicial de toda la situación jurídica, no por esto los efectos cautelares cesan de ser provisionales ni aspiran a transformarse en efectos definitivos sobre el fondo de la *litis*. Siguiendo a

Calamandrei, la medida cautelar tiene efectos provisionales porque la relación jurídica que establece la decisión judicial que otorga la medida cautelar está, *por su naturaleza*, destinada a agotarse, ya que su finalidad habrá quedado lograda en el momento en que se produzca la resolución sobre el fondo de la controversia. En este sentido, se señala que una resolución con naturaleza sumaria –es decir sin calidad de cosa juzgada-- es provisional en la formación, pero definitiva en la finalidad; la medida cautelar, aun en los casos en que se forme a través de un conocimiento judicial pleno, es provisional *en el fin*.

#### *b. Instrumentalidad*

Por otra parte cabe distinguir a partir del ya señalado concepto de provisionalidad que las medidas cautelares son *instrumentales*, en tanto son creadas para asegurar un hipotético cumplimiento de *otra* resolución que puede ser dictada con posterioridad. En este sentido, las medidas cautelares son un instrumento al servicio de la sentencia definitiva.

En este sentido, Calamandrei señala que algunas de las medidas cautelares no tratan de acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino solamente de suministrar anticipadamente los medios idóneos para conseguir que la declaración de certeza, o la ejecución forzada del derecho, se produzcan en condiciones favorables sin resultar afectadas por *la lentitud del procedimiento ordinario*, en otras palabras, lo urgente no es la satisfacción del derecho sino el aseguramiento

preventivo de los medios aptos para determinar que la resolución principal, cuando llegue, sea justa y prácticamente eficaz.

Por esto, aun después de la emanación de la resolución que otorga la medida cautelar, la litis continúa teniendo el carácter de controvertida y el de no prejuzgada: la medida cautelar puede incluso contemplar la adquisición de los medios de prueba o la indisponibilidad de los bienes que podrán ser a su tiempo objeto de ejecución forzada, pero no decide sobre el fondo del asunto que, en espera de la regulación principal, no es objeto, en ese intervalo, ni siquiera de decisión interina.

La instrumentalidad, que es carácter genérico de todas las resoluciones cautelares, resulta en ciertos casos una *instrumentalidad hipotética*: las mismas funcionan como medios para asegurar la eficacia práctica de una resolución principal, en la hipótesis de que ésta tenga un determinado contenido concreto, del que se anticipan los efectos previsibles.

### *c. Naturaleza jurídica de relación a término*

Las medidas cautelares pueden modificarse a petición de las partes, cuando las circunstancias que les dieron origen se modifiquen. De esta posibilidad de modificarse por circunstancias sobrevenidas estando pendiente el juicio principal (que es fenómeno común a todas las sentencias con la cláusula “*rebus sic stantibus*”), se debe distinguir netamente otro fenómeno, que es exclusivo de las

providencias cautelares, y que es una consecuencia típica de su instrumentalidad: la extinción *ipso iure* de sus efectos en el momento en que se dicta, con eficacia de sentencia, la resolución principal.

Surgida para dar tiempo a nacer a la resolución principal a través de la larga gestación del proceso ordinario, y para desempeñar provisoriamente sus veces dentro del limitado campo en el que su retardo habría sido peligroso, la resolución que otorga la medida cautelar ve, con el nacimiento de la resolución principal, agotada su función, cumplido su ciclo vital.

Calamandrei señala que pareciera que nos encontramos ante el funcionamiento típico de una condición resolutoria aunque posteriormente aclara que en realidad se trata de una relación a término. Veamos, de acuerdo con el distinguido profesor florentino se observa que, con la emanación de la resolución sobre el fondo, la medida cautelar pierde *ipso iure* toda eficacia, *sin necesidad de un nuevo pronunciamiento que la revoque*. De hecho la resolución judicial sobre el fondo no se puede considerar como un nuevo examen sobre la legitimidad de la medida cautelar: el *thema decidendum* de la resolución judicial sobre el fondo es *diverso* del decidido en materia de medida cautelar; la desaparición de la medida cautelar después del pronunciamiento de la resolución principal que declara la inexistencia del derecho, no se puede, pues, considerar como efecto de una sucesiva revocación, sino que parece más bien como la consecuencia automática de la realización de un evento (resolución principal) que en el momento de la emanación de la medida cautelar ha sido previsto como posible en el porvenir y a la realización del cual ha estado ligada desde el principio la suerte de ésta. Lo que

nos llevaría, precisamente, al concepto de condición.

Pero en contra de esta conclusión se establece otro orden de consideraciones, que es el siguiente. el pronunciamiento de la resolución principal funciona como causa extintiva de los efectos de la resolución que otorga la medida cautelar no solamente cuando declara que el derecho en previsión de la existencia del cual ha sido emanada no existe, *sino también cuando declara que existe*; en efecto, si en el primer caso la resolución que otorga la medida cautelar se extingue porque se comprueba que la hipótesis sobre la cual se basaba no es fundada, en el segundo caso se extingue igualmente como resolución que otorga la medida cautelar porque en su lugar se coloca la resolución principal, por la cual desde ese momento en adelante (y no ya por la resolución que otorga la medida cautelar) queda regulada la relación sustancial.

Calamandrei criticaba que ,en el momento en que escribió su obra--en el año de 1936--, la doctrina no le otorgaba a esta característica la importancia debida; ya que permitiría identificar que la resolución que otorga la medida cautelar no puede considerarse como condicionada resolutivamente a la declaración negativa del derecho principal, desde el momento en que la misma está destinada a extinguirse no sólo cuando la condición se verifica, *sino también cuando la misma no se verifica*, esto es, cuando la resolución principal declara la existencia del derecho del que la medida cautelar había declarado el simple *fumus*.

Si bien la resolución que otorga la medida cautelar se basa sobre una *hipótesis afirmativa* —*el fumusboni iuris*--, concerniente a la apariencia de existencia del derecho, esta hipótesis, que opera en el momento de la concesión

de la medida cautelar, no repercute sobre la vida de la relación cautelar creada por ella, la cual está destinada a extinguirse igualmente cualquiera que sea el resultado del juicio principal: o sea, no sólo cuando de éste aparezca la falta de fundamento de la hipótesis *sino también cuando del juicio aparezca el fundamento de aquélla*.

Mejor que de fallo condicional o hipotético se debe hablar de constitución, a los fines puramente procesales, de una relación a término (*diescertusan, incertusquando*), la eficacia de la cual está destinada a cesar *ex se* en el momento en que entre en vigor la resolución principal.

La decisión que otorga la medida cautelar, como declaración de certeza de las condiciones necesarias y suficientes para obtener la medida cautelar pedida, es en sí definitiva como son definitivas, en cuanto son constatación de condiciones existentes, todas las declaraciones de certeza sobre las que se basa la constitución de una nueva relación jurídica sustancial destinada a durar en el porvenir (*rebus sic stantibus*) pero es temporal la regulación que se constituye a base de tal declaración definitiva. Se podría decir, en suma, que el fallo cautelar es la declaración definitiva de la existencia de las condiciones necesarias suficientes para obtener la constitución de una relación jurídica a término, destinada a tener eficacia, *rebus sic stantibus*, hasta la emanación del fallo principal.

#### *d. Peligro en la demora*

Uno de los presupuestos más importantes --y mas conocidos podemos agregar-- de las medidas cautelares es el *periculum in mora*. Este es definido como el interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares y que surge siempre de la *existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una resolución jurisdiccional definitiva*. Calamandrei señala que en este concepto del *peligro en la demora* está la clave para alcanzar una definición de las providencias cautelares que agote el concepto.

En este sentido, se busca precisar el concepto partir de la diferencia con otros dos: prevención y urgencia. Así se señala que la protección ordinaria que la justicia otorga puede tener un objeto preventivo, como en el caso de algunos interdictos. Por otro lado, también las resoluciones definitivas, pueden, en ciertos casos, dictarse con carácter de urgencia, consiguiendo de este modo que la tutela ordinaria llegue sin retardo.

No obstante, para que surja el interés específico en reclamar una medida cautelar, es necesario que a los dos elementos señalados (*prevención y urgencia*) se añada un tercero, que surge del hecho de que las resoluciones judiciales, si se busca que verdaderamente impartan justicia no pueden ser instantáneas, su formación lleva un periodo de tiempo, en el que propiamente reside el contenido característico del *periculum in mora*: es necesario evitar que la protección judicial a través del proceso ordinario se manifieste como demasiado lenta y se concrete el

daño que amenaza al derecho. En este sentido las medidas cautelares encuentran su ratio en que, mientras a través del proceso ordinario se establecen las condiciones para dictar una sentencia definitiva, se evita que el daño que se prevé cercano se produzca o se agrave *durante aquella espera*.

Debe aclararse que el *periculum in mora* que constituye la base de las medidas cautelares no es el peligro genérico de daño jurídico, frente al cual se recurre a la protección de la jurisdicción ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño *marginal* que podría derivar del retardo del proceso de dictar la sentencia definitiva. En otras palabras, el peligro en la demora es el surgimiento de una afectación al derecho, o el agravamiento del daño ya existente en el momento de interponer la demanda, que es inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario.

Ahora bien, hay cuestión que Calamandrei señala y en nuestra opinión se debe enfatizar pues ha sido materia de discusión en la doctrina mexicana, especialmente en el ámbito del juicio de amparo, cuando se habla de los alcances de las medidas cautelares: una medida cautelar puede anticipar, si bien provisionalmente, los efectos de la sentencia.

En este sentido, como se ha señalado, la imposibilidad práctica de acelerar el dictado de una sentencia definitiva, ya que debe desahogarse una serie de etapas del proceso, es la que hace surgir el interés por la emanación de una medida cautelar. Es esta *demora* de la resolución definitiva, considerada en sí misma como posible causa de mayor daño o del agravamiento de este, a la que se trata de hacer frente con una medida cautelar por lo que su contenido puede

*anticipar provisionalmente los efectos de la sentencia definitiva.* De hecho en ámbito de las relaciones jurídicas la lesión del derecho ha tenido ya lugar y la resolución definitiva no puede ya ofrecer otra finalidad que la reintegrativa, la medida cautelar tiene en sí misma una finalidad *preventiva*, en este caso busca evitar la agravación del daño que se deriva de la inevitable prolongación del proceso ordinario y que se sumaría al daño ya existente que motiva en un primer momento recurrir a la jurisdicción ordinaria.

Abundando sobre este tema, se señala que la calificación de “cautelares” es la más apropiada para indicar estas providencias, porque es común a todas la finalidad de constituir una cautela o aseguración preventiva contra un peligro que amenaza. Pero –y esto resulta de mucha importancia a la luz de la posición tradicional sobre los alcances de la suspensión del acto reclamado--*no todas las providencias cautelares son conservativas*: pudiendo en ciertos casos la cautela que mediante ellas se constituye consistir no en la conservación, sino en la modificación del estado de hecho existente.

También bajo este aspecto la función, conservativa o modificativa, de las medidas cautelares, se orienta en función de la resolución principal y se coordina a ella. En todos los casos en que uno se encuentra frente a un estado de hecho de tal naturaleza que, si la resolución principal pudiera ejecutarse inmediatamente, su eficacia se traduciría en frutos prácticos, la resolución que otorga la medida cautelar mira a *conservar aquel estado de hecho*, en espera y con el objeto de que sobre el mismo pueda la resolución principal ejercer sus efectos.

Otras veces, cuando se trata que la futura sentencia definitiva constituya

nuevas relaciones jurídicas o bien ordene medidas que modifique la realidad – innovativas le llama Calamandrei-- del mundo exterior, la resolución que otorga la medida cautelar, para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el que la resolución principal constituya tales efectos, debe tender no ya a conservar el estado de hecho existente, sino a operar, si bien en vía provisional o anticipada, los efectos constitutivos e innovadores, que, si se retrasan, podrían resultar ineficaces o inaplicables (se puede pensar, por ejemplo, en el derribo de un árbol que ofrece peligro, ordenado por el juez en virtud de denuncia de daño temido; o en la resolución de urgencia con que en el proceso de separación se constituye provisoriamente, a cargo de uno de los cónyuges, la obligación de pasar alimentos al otro).

#### *d. Apariencia de buen derecho*

El segundo de los presupuestos para que se conceda una medida cautelar fue definido igualmente con meridiana claridad por Calamandrei. En este tema, señala que cuando se realiza el juicio para determinar la procedencia de una medida cautelar el juez debe establecer la certeza de la existencia del temor de un daño jurídico, esto es, de la existencia de un estado objetivo de peligro que haga aparecer como inminente la realización del daño *derivable de la no satisfacción de un derecho*. Así pues, como se ha señalado cuando se definió la naturaleza de la

relación, existe un juicio hipotético sobre la existencia del derecho.

Encontramos pues dos cuestiones sobre los cuales la resolución que otorga la medida cautelar se fundamenta: 1ª la existencia de un derecho; 2ª el peligro en que este derecho se encuentra de no ser satisfecho o vulnerado. A estos dos puntos debería referirse el conocimiento del juez en vía cautelar. Ahora bien, ¿por qué se señala la necesidad de un juicio hipotético sobre la existencia del derecho y no simplemente se establece que el juez debe determinar la existencia del mismo?

Hemos visto ya que las resoluciones cautelares tienen *su* razón de ser en la celeridad con que pueden evitar el peligro en vía de urgencia, adelantando la resolución definitiva: y si para emanar la medida cautelar fuese necesario un conocimiento completo y profundo sobre la existencia del derecho, esto es, sobre el mismo objeto en relación al cual se espera la resolución principal, valdría más esperar ésta y no complicar el proceso con una duplicidad de investigaciones que no tendrían ni siquiera la ventaja de la prontitud.

Para poder llenar su función de prevención urgente las providencias cautelares deben, pues, contentarse, en lugar de con la certeza, que solamente podría lograrse a través de largas investigaciones, con la *apariencia del derecho*, que puede resultar a través de un conocimiento judicial mucho más expeditivo y superficial que el ordinario. Así pues, que los extremos para obtener la resolución que otorga la medida cautelar (condiciones de la acción cautelar) son estos dos: 1º *apariencia de un derecho* 2º *peligro de que este derecho aparente no sea satisfecho*.

Por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a un *juicio de probabilidades y de verosimilitud*. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la resolución principal. Para que el juez otorgue una cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la resolución principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar.

El resultado de esta valoración más breve y superficial de la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: *solamente cuando se dicte la resolución principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad*. No existe nunca, en el desarrollo de la resolución que otorga la medida cautelar, una fase ulterior destinada a profundizar esta investigación provisoria sobre el derecho y a transformar la hipótesis en certeza: *el carácter hipotético de este juicio está íntimamente identificado con la naturaleza misma de la resolución que otorga la medida cautelar y es un aspecto necesario de su instrumentalidad*.

El día en que la existencia del derecho no sea una hipótesis, sino una certeza jurídica, la resolución que otorga la medida cautelar habrá agotado su cometido, porque cuando la declaración principal de certeza sobrevinida pueda comenzar a dejar sentir sus efectos, no habrá la necesidad de la anticipación provisoria de estos efectos que se había producido en espera de la resolución que otorga la medida cautelar. No sólo, pues, no existe en el proceso cautelar una fase destinada a transformar esta hipótesis en *declaración de certeza*, sino que la

*existencia de una fase semejante estaría en absoluta oposición con la finalidad de este proceso: la resolución que otorga la medida cautelar es, por su naturaleza, hipotética; y cuando la hipótesis se resuelve en la certeza, es señal de que la resolución que otorga la medida cautelar ha agotado definitivamente su función.*

Sería, por tanto, absolutamente erróneo considerar la sentencia de fondo, por lo que se refiere a la declaración de certeza del derecho, como una convalidación de la resolución que otorga la medida cautelar: declarar de un modo definitivo la existencia del derecho quiere decir, más bien que convalidar la resolución principal, declarar cerrado su ciclo.

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

Lo que llevamos dicho hasta ahora nos permite establecer con seguridad este principio: que no tomándose nunca en consideración, dentro del juicio principal, la existencia de las condiciones de la acción cautelar (apariencia del derecho; estado de peligro del derecho aparente), ya que el juicio principal tiene su origen *en una acción diversa*, no se puede, por tanto, considerar la resolución que declara la inexistencia del derecho principal como declaración retrospectiva de la inexistencia de una de las condiciones de la acción cautelar, y, por tanto, como

revelación de la *ilegitimidad* de la medida cautelar concedida y actuada.

En efecto, la acción cautelar tiene como condición no la *existencia* del derecho, sino la *apariencia del derecho*: y que, aun cuando el juicio sobre la acción cautelar se desarrolla con la garantía de un conocimiento judicial pleno y a fondo, no va más allá, por lo que se refiere al derecho principal, de la simple hipotética apariencia. Esto significa que, una vez considerada tal apariencia, la acción cautelar está, sin más, en relación al peligro, plena definitivamente fundada; y si después, en el juicio principal, se estableciera que la apariencia, antes tomada en consideración, del derecho no corresponde a la existencia del mismo, esto serviría para demostrar que es infundada la acción principal (entre las condiciones de la cual figura precisamente la de la existencia del derecho), pero no para demostrar retroactivamente la falta de fundamento de la acción cautelar y la ilegitimidad de la medida cautelar, la cual, como se ha dicho, tiene precisamente el oficio normal y fisiológico de proveer interinamente *mientras el derecho es todavía incierto* (supuesto, pero incierto) y de permitir así que el juicio principal, encaminado a eliminar tal falta de certeza, se desenvuelva sin precipitación.

Si la medida cautelar tiene como condición la *falta de certeza del derecho* (si el derecho fuese cierto, se podría recurrir directamente a la ejecución ordinaria), esto es, una situación de duda, que puede resolverse en dos diversos sentidos, sería una petición de principio considerarla *a posteriori* ilegítima, sólo porque, en el juicio principal cuyo tranquilo desenvolvimiento, asegura para toda eventualidad, la hipótesis llegue, después, a resolverse en sentido negativo. Sería como si en un caso clínico todavía dudoso y en el que solamente largos análisis podrían poner

de relieve con seguridad la presencia de una cierta infección específica, se considerase errónea la aplicación, hecha sin retardo por el médico, de una cierta cura inmunizante, eficaz solamente si se realiza en forma preventiva e inmediata: es cierto que, si después de largos análisis, se comprueba que la temida infección en realidad no existe, la cura preventiva se manifestará como inútil, y hasta puede ser que, por las reacciones que la acompañen, dañosa; pero el daño que se hubiera producido si, existiendo la infección, la cura inmunizante no hubiera sido inmediatamente aplicada, habría sido mucho mayor; y entonces, verdaderamente, habría errado el médico si, por no correr el riesgo de verse desmentido por el argumento fácil de lo descubierto después, se hubiese abstenido de prescribir a tiempo la cura preventiva que podía, en la hipótesis de infección, salvar al enfermo.

También en las medidas cautelares existe, análogamente, un cierto riesgo, inherente precisamente al estado de falta de certeza del derecho, que justifica la resolución de urgencia; y si posteriormente aparece que el derecho principal no existe, y que, como consecuencia, la aplicación de la medida cautelar ha sido inútil y acaso ha perjudicado injustamente al pretendido deudor, éste tendrá derecho al resarcimiento de los daños no ya porque la resolución provisoria haya sido emanada ilegítimamente a favor de quien estaba desprovisto de acción cautelar, sino porque toda acción cautelar, que tiene entre sus condiciones la apariencia y no la existencia del derecho, lleva consigo un cierto margen de error, que constituye por decirlo así el precio de la rapidez y que debe naturalmente recaer sobre quien se favorezca con esta rapidez.

### C. Las medidas cautelares en la doctrina procesal penal contemporánea.

El trabajo de Calamandrei estableció las bases a partir de las cuales se realiza en lo sucesivo el estudio de las medidas cautelares, sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta construcción dogmática se realiza en el ámbito del Derecho Procesal Civil por lo que su traslado a la esfera del proceso penal es útil como punto de partida, ya que aporta elementos sistemáticos para efectuar el análisis de las instituciones procesales en este ámbito pero, al mismo tiempo debemos recordar que la situación de Cenicenta del proceso que señaló Chiovenda justamente se refiere al traslado sin mayor reconsideración de estas construcciones teóricas, por lo que su aplicación en el ámbito penal debe ser realizada con matices y ajustes.

En efecto, dada la diversidad de intereses y principios que inspiran al proceso civil y al proceso penal –para iniciar debe señalarse la prevalencia de un interés público en el ámbito penal–, la distinta posición y naturaleza de los sujetos que intervienen en cada uno de ellos, y, en definitiva, las particularidades propias de un proceso y otro, la teoría de las medidas cautelares no puede aplicarse sin más al proceso penal sino que requiere de una necesaria adaptación. Por otra parte, es evidente que el empleo de la teoría de las medidas cautelares siempre debe adaptarse al derecho vigente en cada país o estado de la federación ya que la regulación puede variar en los diversos ordenamientos jurídicos y eso impacta directamente en el alcance y contenido de las medidas cautelares. De hecho, la regulación legal de las medidas cautelares debe partir de las finalidades

constitucionales del proceso, por lo que en estricto sentido en cada sistema jurídico tiene peculiaridades propias.

Por lo anterior 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 puede señalarse un conjunto de características que son comunes a las medidas cautelares:

a). Jurisdiccionalidad: las medidas cautelares sólo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente, durante cualquier momento de la tramitación del procedimiento, pero siempre a través de resolución motivada.

b). Instrumentalidad: las medidas cautelares tienen como finalidad garantizar la aplicación del *iuspuniendi*, y constituyen un medio para asegurar el normal desarrollo del proceso penal al que están supeditadas en todo caso, no pudiendo nunca ser adoptadas como medida de seguridad o como pena anticipada.

c). Provisionalidad: la duración máxima de las medidas cautelares coincide con la de la tramitación del proceso al que están supeditadas, aunque si durante la tramitación del mismo se produce una variación de los presupuestos en que se fundamentan las medidas, éstas podrán ser modificadas o dejadas sin efecto, de oficio o a instancia de parte.

d). Proporcionalidad: como limitación a la libertad individual o a la disponibilidad de ciertos bienes, las medidas cautelares pueden ser de intensidad diversa, que el órgano jurisdiccional deberá modular para adecuarlas al fin que con ellas se

pretende, y evitar así que se conviertan en penas anticipadas incompatibles con la presunción de inocencia.

e). Homogeneidad: puesto que las medidas cautelares están destinadas a garantizar los efectos futuros de la sentencia, participan en cierto modo (no existe un identidad perfecta sino mera homogeneidad) de la naturaleza de las medidas ejecutivas que tienden a preordenar.

f). Excepcionalidad: la necesaria compatibilización 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, y ello dentro de los límites legales establecidos al efecto.

Junto a este conjunto de características, debe tenerse en cuenta que las medidas cautelares suponen una clara invasión del poder público en la esfera personal de los sujetos pasivos del proceso penal sin que aún se haya dictado una sentencia firme que declare su responsabilidad penal y su responsabilidad civil. Es decir, las medidas cautelares suponen: la limitación de la libertad personal (o de otros derechos), sin que aún se haya declarado de manera irrevocable que el acusado es merecedor de una sanción privativa de la libertad (o de otros derechos) e incluso la posibilidad de la limitación de su derecho a la libre disposición sobre su patrimonio, sin que aún se haya declarado de manera irrevocable que sea responsable de unos daños cuya reparación ha de afrontar con su patrimonio.

Por eso mismo, se condiciona la adopción de medidas cautelares a la comprobación por el órgano judicial de que concurren dos presupuestos:

La apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*: es decir, la existencia de indicios sólidos, racionales y fundados de que al final del proceso se proclamará la culpabilidad y la responsabilidad civil de la persona respecto de la cual se adoptan las medidas cautelares. Se trata, por tanto, de la verosimilitud del objeto del proceso, es decir, que conste en la acusación la existencia de un hecho que revista los caracteres de delito del que una persona aparezca como responsable probable, en otras palabras, se trata de una razonada atribución del hecho punible a una persona determinada.

En segundo lugar se señala como presupuesto la existencia del *periculum in mora*: es decir, ha de acreditarse que realmente se da un peligro concreto, en el caso de que se trate. Y es en la definición del peligro donde encontramos un debate en la doctrina actual.

Hay consenso en que el riesgo de fuga del acusado constituye un legítimo *periculum in mora*, es decir, el peligro de que el imputado trate de sustraerse a la acción de la justicia mediante su ocultación o fuga, fundamenta la adopción de medidas cautelares. De igual forma se acepta pacíficamente la aplicación de medidas cautelares reales frente al riesgo que el imputado o el responsable civil traten de colocar su patrimonio fuera del alcance del proceso penal, por ejemplo, ocultándolo o transmitiéndolo a terceros.

Cuando se trata de la adopción de medidas de carácter personal, el *periculum in mora* implica que existe en el inculpado una actitud sospechosa que hace pensar que puede intentar sustraer su persona de la acción de la Justicia. Indudablemente este peligro de evasión aumenta en función de la gravedad del hecho imputado, por lo que cuando el hecho punible no lleva aparejada pena privativa de libertad o llevándola puede ser objeto de suspensión, cabe considerar el riesgo de fuga inexistente y la medida cautelar personal innecesaria. Además de la pena que pudiera recaer sobre el imputado (que en este sentido constituye un factor cuantitativo en la apreciación de la existencia del *periculum*) también deben tenerse en cuenta otros factores de índole diversa, como la existencia de antecedentes penales o el arraigo familiar o social.

Ahora bien, existe un profundo debate, cuyas implicaciones van mas allá de la doctrina por las implicaciones en la práctica, sobre la procedencia de incorporar otras finalidades que modifiquen, ampliando, el contenido del *periculum in mora* que las medidas cautelares pretenden evitar. En concreto, se discute la procedencia del dictado de medidas cautelares en el proceso penal para evitar la comisión de otros delitos. Los argumentos en contra se centran en señalar la que rebasaría la denominada “finalidad procesal” de las medidas cautelares y, por otro lado, que serían incompatibles con la presunción de inocencia.

La posición a favor de permitir que las medidas cautelares busquen evitar otro tipo de peligros mas allá del riesgo de fuga señalan que en el proceso penal, a diferencia del civil, se buscan proteger los bienes jurídicos de mayor trascendencia social, por lo que su desarrollo adecuado tiene un claro interés

público en la actuación del *iuspuniendi* por lo que no pueden aplicarse las limitaciones propias del proceso civil.

Este debate se puede apreciar con toda claridad cuando se trata de la prisión preventiva ya que se trata de una afectación muy intensa a la libertad del individuo, y sus efectos no se distinguen de la pena privativa de la libertad. De hecho, como se ha señalado, es el abuso de la prisión preventiva una de las razones por las cuales el poder reformador de la Constitución busca modificar el régimen de las medidas cautelares<sup>15</sup>.

De esta forma, resulta muy importante conocer los argumentos que existen en torno a esta cuestión pues, de acuerdo con el texto de la reforma constitucional, en el sistema procesal penal acusatorio mexicano la prisión preventiva no sólo se ordenará para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, es decir frente a riesgo de fuga, sino también introduce cuatro supuestos mas: el primero puede calificarse de procesal pues se trata de garantizar el desarrollo de la investigación, mientras que el segundo introduce precisamente esas finalidades de interés público que han mencionado ya que señala la procedencia de la prisión preventiva para la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.

---

<sup>15</sup> “Cuando por primera vez se creó el sistema de delitos graves para la procedencia de la libertad provisional bajo caución, se tenía el propósito de que éstos fueran excepcionales. No obstante, la experiencia estatal y federal ha mostrado que este sistema excepcional ha colonizado el resto del ordenamiento. Hoy por hoy existe un enorme abuso de la prisión preventiva, toda vez que la mayoría de los delitos están calificados como graves por la legislación ordinaria”. Apartado de “Prisión Preventiva y delitos graves” en el *Dictamen de 1ª lectura de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, con Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 10 de diciembre de 2007*.

El tercero de los supuestos establece la procedencia de la prisión preventiva cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso y, el cuarto establece la procedencia de esta medida cautelar cuando se trate del listado de delitos que la constitución señala como graves, en este último supuesto se ordenará de oficio.

Así pues, además que estos supuestos serán analizados en este trabajo más adelante, resulta evidente que es necesario realizar una breve descripción de las dos posiciones que hemos referido.

#### Los argumentos que establecen la finalidad procesal de las medidas cautelares

El punto de partida de esta posición es señalar que no se puede otorgar la misma función procesal material de la pena que a la que cumple la privación de la libertad por una medida cautelar. En consecuencia, no se puede recurrir a la detención preventiva, para obtener algunas finalidades propias de la pena. En otras palabras, la prisión preventiva, en tanto medida cautelar, sólo puede tener una función procesal. El carácter procesal de la detención, por tanto, conlleva que la privación de la libertad sólo pueda ser usada para garantizar “la correcta averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal”.

Desde esta perspectiva<sup>16</sup> se señala que la característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de los fines del proceso (instrumento del instrumento, como correctamente advertía Calamandrei). Así pues, dado que las medidas que lo integran no tienen naturaleza sancionatoria (no son penas), sólo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva.

Lo anterior implica que resulte completamente ilegítimo detener preventivamente a una persona con fines retributivos o preventivos (especiales o generales) propios de la pena (del Derecho Penal Material) o considerando criterios tales como la peligrosidad del imputado, la repercusión social del hecho o la necesidad de impedir que el acusado cometa nuevos delitos.

De hecho, desde esta posición se señala que estas finalidades no están dirigidas a realizar la función procesal del encarcelamiento preventivo, y por ello, su consideración resulta ilegítima para decidir acerca de la prisión preventiva.

Por tanto, la prisión anterior a la sentencia de condena, sólo resulta legítima en la medida en que se utilice exclusivamente para garantizar la comparecencia del acusado al procedimiento penal y, eventualmente, para asegurar la ejecución de la sentencia de condena. Esta exigencia impide, en consecuencia, el uso material del encarcelamiento cautelar. El Estado está obligado a no utilizar la prisión preventiva

---

<sup>16</sup> En lo que se refiere a esta perspectiva seguimos el trabajo de Bovino, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo. Reforma de la justicia penal. Imparcialidad. Víctima. Encarcelamiento preventivo. Derecho comparado. Juicio.*, Buenos Aires Argentina, Editores del Puerto, 1998, pp. 121-167

como imposición anticipada de la sanción penal y, por ello evitar una interpretación sustantiva de la prisión preventiva.

En consecuencia, las medidas cautelares solo tienden a proteger la realización de funciones procesales, que pueden ser puestos en peligro de dos maneras diferentes:

- Cuando el imputado obstaculiza la averiguación de la verdad, y
- Cuando el imputado se fuga e impide la aplicación del Derecho Penal Material (peligro de fuga).

Se debe destacar, también que las tendencias más recientes marchan en dirección contraria, pues sólo admiten un único supuesto legítimo de peligro procesal. En este sentido cita Alberto Binder quien considera: *“Que el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado<sup>17</sup>”*.

En todo caso, estas posiciones se fundamentan en la presunción de inocencia por lo que, en líneas generales, abordaremos algunos aspectos de este principio en el proceso penal.

El principio de presunción de inocencia corresponde al derecho fundamental de toda persona a no ser considerado culpable de la comisión de un delito, hasta que no se haya demostrado su responsabilidad en la comisión de un delito en un proceso ante un tribunal en el que haya tenido un efectivo derecho de

---

<sup>17</sup>Binder, Alberto, Introducción al Derecho procesal penal, p. 199.

audiencia. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que este principio se traduce en que “el gobernado no está obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito”<sup>18</sup>, siendo, por lo tanto, obligación del Ministerio Público demostrar la responsabilidad del acusado.

La presunción de inocencia es una derivación del principio del debido proceso y descansa sobre tres premisas. Por un lado está relacionada con las bases axiomáticas del derecho procesal penal, ya que presupone que el derecho penal va dirigido a personas con libre albedrío y capacidad para evitar las conductas prohibidas. Por otra parte, la presunción de inocencia implica un valor social: la convicción de que es peor condenar a un inocente que dejar impune a un culpable. Finalmente, el derecho fundamental a la presunción de inocencia representa un elemento de compensación a favor del inculpado, que se ve enfrentado al poder del Estado<sup>19</sup>.

En el procedimiento penal mexicano la vigencia del derecho a la presunción de inocencia ha sido tradicionalmente limitada. Por una parte, durante las primeras fases del proceso, es decir durante la averiguación previa y la preinstrucción (que hace las veces de etapa intermedia), la presunción de inocencia prácticamente desaparece. Entre los factores que facilitan esta ausencia está el hecho que este derecho no siempre había sido considerado parte de la tradición jurídica

---

<sup>18</sup> Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: XVI, Agosto de 2002 Tesis: P. XXXV/2002 Página: 14 (jurisprudencia).

<sup>19</sup> García Ramírez señala que “el proceso penal se convierte en un tema delicado y trascendental donde se resuelve el conflicto más severo entre intereses en juego, encarnados por personajes desiguales”. (García Ramírez, 2003, p. 261)

mexicana<sup>20</sup>, que no estaba expresamente contenido en la Constitución y, todavía más importante, que la jurisprudencia mexicana no ha desarrollado ningún criterio similar al *beyond a reasonable doubt*<sup>21</sup> del proceso penal en la tradición del common law<sup>22</sup>. Así se puede observar que en la práctica medidas cautelares personales como el arraigo domiciliario y la prisión preventiva son reglas de aplicación general, sin apenas tomar en cuenta las circunstancias específicas del inculcado.

En México la aplicación, como regla general, de la prisión preventiva del acusado ha sido señalada como una de las causas principales de la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la prisión preventiva como regla de aplicación general en los procesos penales, es contraria a las normas de la Convención Americana, ya que vulnera el derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Es significativa la poca atención que en los mismos manuales de derecho procesal penal se le dedica a este derecho fundamental, lo que demuestra que durante la formación de los futuros abogados este derecho es soslayado, por ej. cfr. (Hernández Pliego, 2002).

<sup>21</sup> Al respecto, la primera vez que la Suprema Corte de los Estados Unidos de América sostuvo expresamente esta cláusula fue en la decisión *In re Winship* [397 U.S. at 364] en 1970.

<sup>22</sup> De hecho, como señalamos en el punto correspondiente a los efectos perversos del criterio jurisprudencial de “*inmediatez*”, la jurisprudencia mexicana constituye uno de los elementos que juegan en contra de la vigencia de este principio.

<sup>23</sup> Informe N 2/97 de la CIDH, sobre Argentina. En dicho informe la CIDH señaló asimismo, que sólo por razones legítimas se puede justificar la prisión preventiva de una persona durante un plazo prolongado. Sin embargo, la Comisión indicó que tiene la convicción de que, en todos los casos, deben tomarse en consideración los principios universales de presunción de inocencia y de respeto a la libertad individual. Las justificaciones que mencionó la CIDH en dicho informe son: la presunción de que el acusado ha cometido un delito, el peligro de fuga, el riesgo de comisión de nuevos delitos, la necesidad de investigar y la necesidad de colusión, el riesgo de presión sobre los testigos, y la preservación del orden público.

El régimen jurídico constitucional previo a la reforma constitucional de 2008 —en su artículo 18 establecía que la prisión preventiva sólo sería de aplicación a los casos de delitos sancionados con pena corporal, lo cual resultaba especialmente permisivo, más aun si lo consideramos dentro del contexto del derecho constitucional comparado. En efecto, para la CIDH, la prisión preventiva debe restringirse a los casos particulares donde así lo aconsejen las condiciones individualizadas, junto con la amenaza fundada contra la sociedad y el orden público. En este sentido se ha pronunciado la doctrina mexicana<sup>24</sup>, señalando como objetivos la agilización de los procesos penales, el mejoramiento de las condiciones de los centros de detención, y una revisión periódica de la detención. Sin embargo el debate doctrinal sobre la relación entre presunción de inocencia y prisión preventiva continua vigente<sup>25</sup>.

La reforma constitucional de 18 de junio de 2008 introduce expresamente en el apartado B del artículo 20 de la Constitución el derecho a la presunción de inocencia. Su introducción se hace expresamente en dos vertientes, por un lado se subraya la necesidad de la existencia de una prueba de cargo que fundamente la sentencia de condena<sup>26</sup>, por otra parte, se establece como regla de trato a los

---

<sup>24</sup> “...siendo la privación de la libertad una pena, no puede preceder a la sentencia, sino cuando la necesidad lo pide. La cárcel, por tanto, es la simple custodia de un ciudadano mientras al reo se le juzga; y esta custodia, siendo, como es, esencialmente penosa, debe durar el menor tiempo posible y, además, debe ser lo menos dura que se pueda.” (García Ramírez, 1994, 524).

<sup>25</sup> (Hernández Pliego, 2001, pp. 127-144).

<sup>26</sup>“El principio permite enmarcar el proceso como una práctica para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, y mientras no se satisfaga, ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. La culpa y no la inocencia debe ser demostrada.” *Dictamen de 1ª lectura de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, cit.cfr.* el apartado relativo al artículo 20.

inculcados<sup>27</sup> y se reconoce que impacta en la prisión preventiva, ya que aumenta las exigencias para su utilización. Se puede afirmar que el gran reto del nuevo texto constitucional es transformar la cultura que prevalece en la práctica de proceso mexicano.

Finalmente, a la luz de la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos, debe señalarse que un amplio conjunto de instrumentos internacionales expresamente consagran este derecho. El principio de presunción de inocencia ha sido recogido por diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, unos de carácter directamente vinculante y otros de vía indirecta. Entre los documentos internacionales con obligatoriedad jurídica que incluyen dicho principio se cuentan: Las Declaraciones Universal (artículo 11, párrafo 2) y Americana (artículo XXVI) de Derechos Humanos, del 10 de diciembre y 2 de mayo de 1948, respectivamente; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (artículo 14.2); la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 (artículo 8.2), así como por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (artículo 84, párrafo 2), adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955.

---

<sup>27</sup> “Pero además de un principio fundamental para el procesamiento, la presunción de inocencia representa una obligación de trato hacia los imputados, de ahí que la regulación de las medidas cautelares se haya diseñado como se expuso más arriba.”

## Los argumentos que amplían las finalidades de las medidas cautelares en materia penal

Esta posición<sup>28</sup> parte de señalar que existe una concepción que se califica clásica de lo cautelar en el proceso penal, que deriva de la teoría general de las medidas cautelares en el proceso civil, y en consecuencia restringe la consideración de medidas cautelares al grupo de medidas que tienen como finalidad asegurar la efectividad de la eventual sentencia de condena que se dictará.

Junto a esta posición, se sostiene que es posible una concepción diversa de las finalidades de las medidas cautelares en el proceso penal, sin someterse a rígidos paralelismos con el proceso civil, dada la radical divergencia en los principios que inspiran uno y otro. Desde esta concepción, se puede considerar que la función del proceso penal es más amplia que la del proceso civil, en la medida en que está involucrado un interés público.

En consecuencia, se señala que es posible incorporar otras finalidades a la regulación de las medidas cautelares con la condición que encuentren sustento constitucional y que también resulte legítimo promover su realización desde el proceso penal.

---

<sup>28</sup>Para esta posición véase el excelente trabajo de Gascón Inchausti, Fernando, *La Reforma de la Prisión Provisional en España*, en Cienfuegos Salgado, David *et al.* (coord.), *Temas de derecho procesal penal de México y España*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 237-274.

Así pues, en el caso de la prisión provisional se inicia por reconocer que no está concebida como una medida de prevención, ni general ni especial, pues éstas son funciones de la pena, que se impone en la sentencia de condena, al término del proceso. Y que tampoco puede concebirse la prisión provisional como medida de seguridad, pues las medidas de seguridad han de imponerse con las mismas garantías que una pena, es decir, nuevamente en una sentencia al término del proceso.

Sin embargo, se plantea que es posible establecer en el proceso penal la procedencia de las medidas cautelares para evitar la reiteración delictiva. Para ello se argumenta que debe considerarse la función del proceso penal, como instrumento para la protección del interés público en la persecución penal. En este sentido, si se acepta que el proceso penal existe para dar respuesta pública a una conducta gravemente antijurídica por mayoría de razón, también se encuentra dentro de los fines del proceso el evitar la reproducción del delito.

En otros términos, al proceso penal, configurado como instrumento al servicio de la realización del interés público, no le puede ser indiferente la posibilidad de que el imputado aproveche su duración en el tiempo para seguir lesionando el interés público, esto es, no le puede resultar ajeno el peligro de que el imputado pueda cometer nuevos hechos delictivos mientras se espera a la celebración del juicio y a la eventual sentencia.

De esta forma, se señala que, en la medida en que el proceso no puede ser instantáneo, es misión de sus protagonistas el evitar que la necesidad que el proceso penal tenga un conjunto de etapas que en su desarrollo lleven un periodo

de tiempo prolongado se torne en perjuicio del interés público que a través del propio proceso pretende restablecerse.

Esto es más claro en los supuestos en que pretende evitarse el peligro concreto que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima. Ya que entonces a lo ya señalado puede sumarse el argumento que el proceso penal también ha de servir como instrumento para proteger a la víctima u ofendido del delito. Por lo que, en estos supuestos, es admisible que se otorgue la prisión provisional del imputado.

Debe señalarse que puede afirmarse que en tanto la decisión de otorgar o negar las medidas cautelares no se fundamenta en la existencia del derecho, no juzgan el fondo, sino la existencia de los presupuestos, requisitos y la finalidades a que va dirigida, en estricto sentido no afectan la presunción de inocencia como parámetros probatorios mínimos para la condena, por lo que la cuestión radica en definir la relación de estas medidas --y de la prisión preventiva en particular-- frente a la otra vertiente de este principio: entendido como regla de trato al inculpado.

Se puede señalar que el nuevo sistema mexicano afronta este problema ya que busca establecer la procedencia de la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes. Esto es una referencia a la necesaria racionalidad en el uso de las medidas cautelares que ya ha sido establecido en otros sistemas jurídicos. En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha afirmado: “En definitiva, la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en

Derecho, que cuando no es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso<sup>29</sup>”.

En este sentido resulta conveniente plantear el uso del test de proporcionalidad ---que desarrollado por el Tribunal Federal Constitucional Alemán ha sido adoptado por múltiples jurisdicciones-- para la determinación de la procedencia de la medida cautelar. Así este Tribunal ha señalado que la proporcionalidad en sentido amplio, implica que el medio previsto por el legislador ha de ser adecuado y exigible para alcanzar el objetivo propuesto. Un medio es adecuado cuando mediante él puede lograrse el resultado deseado, y es exigible cuando el legislador no habría podido optar por un medio distinto, igualmente eficaz, que no limitara, o que lo hiciera en menor grado, el derecho fundamental<sup>30</sup>.

La doctrina alemana ha concretado el principio general de proporcionalidad en tres principios: el de adecuación (Grundsatz der Geeignetheit), el de indispensabilidad (Grundsatz der Erforderlichkeit), y el de proporcionalidad en sentido estricto (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).

Siguiendo a Vidal Fueyo puede señalarse que el primero exige la adecuación medio-fin en que toda restricción de un derecho fundamental se estructura; no es suficiente invocar un determinado bien o derecho fundamental

---

<sup>29</sup>STC 108/1984, de 26 de noviembre

<sup>30</sup>En lo que se refiere a este principio en la jurisprudencia alemana hemos seguido la descripción realizada en el trabajo de Vidal Fueyo, Camino, “El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez”, publicado en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, México; UNAM, año. 2005, paginas 428-447

protegido, sino que es necesario que la limitación que sufre el derecho resulte apropiada para lograr el fin que lo justifica.

Pero el límite también ha de someterse a las exigencias del principio de indispensabilidad, esto es, no ha de existir “otra medida limitadora igualmente efectiva pero de menor incidencia en el derecho fundamental de los afectados”.

Por último, al principio de proporcionalidad en sentido estricto, lo que implica que los medios elegidos deban mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido”. Lo que para el Tribunal Constitucional alemán supone la exigencia de armonizar el sacrificio, adecuado e indispensable, que supone para el particular, con el beneficio que éste genera para la colectividad.

En este sentido, el juez de control mexicano deberá seguir esta vía o una similar –derivado del ajuste a nuestra tradición jurídica—para determinar la procedencia de las medidas cautelares.

## Capítulo II. Las medidas cautelares en el derecho comparado: España, Chile y Costa Rica

La reforma constitucional de 2008 es la propuesta de cambio más importante al sistema de justicia penal desde que el Constituyente de 1916-1917 buscó remediar los vicios y corruptelas de la justicia porfirista y estableció un nuevo proceso penal que transformó las instituciones existentes hasta ese momento. Al igual que entonces, implementar la reforma de 2008 conlleva una transformación profunda de las instituciones de procuración y administración de justicia.

Este proceso de reformas no es exclusivo del sistema jurídico mexicano. En los últimos veinte años prácticamente todos los países de nuestro entorno han realizado con diferentes grados de éxito modificaciones a su sistema de justicia penal. Incluso países como Italia y España han realizado profundas reformas en esta materia.

Sumando estos dos elementos, resulta lógico que en México se haya volteado a ver modelos y experiencias extranjeras con la finalidad de tener referentes para los procesos de diseño y de implementación de la reforma constitucional.

Ahora bien, como ha señalado Torres Estrada<sup>31</sup>, para que el método comparado tenga una función de utilización pragmática y material en el tema de los procesos de creación de normas y de implementación de los nuevos sistemas penales, se tiene que partir de la idea de comparar y estudiar modelos que sean exitosos y que puedan ser equiparables a la realidad mexicana, pero desde una perspectiva mucho más amplia que la simple utilización de los textos legales ya que deben tomarse muchas de las características que definen el contexto de aplicación del nuevo modelo procesal.

Ahora bien, cabe señalar que en el caso mexicano existen factores específicos que inciden en el proceso de reforma penal que se deben tener en cuenta al hacer uso del derecho comparado. El primero de ellos es la forma de Estado: podríamos llamarla el factor Federal. En efecto, al tener México una forma de Estado Federal se distingue de la mayoría de los países de Latinoamérica y hace aún más complejo el proceso de reforma.

Sin embargo, este factor también ha sido un elemento positivo en este proceso. De hecho, como es sabido, la implementación de la reforma en México se ha iniciado en las entidades de la federación, en los procesos reformadores de Nuevo León, Estado de México, Chihuahua y Oaxaca así como en las prácticas de justicia restaurativa que prácticamente todos los Tribunales Superiores de Justicia han venido desarrollando a lo largo del país.

---

<sup>31</sup> Cfr., Torres Estrada, Pedro, “La utilización del método comparado en los procesos de Reforma y de implementación de los Sistemas de Justicia Penal con especial referencia a México)” en *Archivio Penale*, num. 2, mayo-agosto de 2011, Roma, Consiglio Nazionale delle Ricerche, Istituto di teoria e tecnica dell'informazione giuridica.

Sin embargo, es precisamente esta forma federal de estado la que multiplica el número de procesos de reforma en México, para implicar un reto cuantitativamente muy extenso, en tanto implica modificar 34 sistemas procesales en el ámbito penal. Número al que se puede agregar el proceso de reformar los 33 (32 estatales y uno federal) sistemas de justicia para adolescentes, cuyo inconcluso proceso de reforma data de 2005 y deberá ser adaptado a los principios del proceso acusatorio. Esto implica que la reforma en México significa modificar 77 sistemas procesales.

Por otra parte, también debemos tener en cuenta que la situación de combate frontal a la delincuencia organizada y sus implicaciones en el ámbito de la seguridad, enrarecen el clima social en que la reforma se desarrolla y favorecen la aparición de posiciones que abogan por el endurecimiento del nuevo sistema.

En lo que se refiere a los modelos exitosos, en todos los procesos de reforma pueden encontrarse lecciones que pueden ser de utilidad, sin embargo, en este capítulo nos limitaremos a comentar tres sistemas jurídicos que han influido en la definición de las características del sistema mexicano: el español, el chileno y el costarricense. Esta selección tiene que ver con la influencia de estos sistemas jurídicos en la formación del sistema mexicano y debe comentarse brevemente.

Siguiendo un orden histórico-cronológico iniciaremos por explicar nuestra selección del modelo español. Esta se debe al hecho que al abordar el estudio de la evolución histórica del proceso penal en nuestro país, la primera cuestión que

llama la atención es que no existió un Código de Procedimientos Penales, propiamente mexicano sino hasta el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicado el 15 de septiembre de 1880<sup>32</sup>.

Esto implica que durante un largo periodo de tiempo, más de medio siglo si contamos desde el 27 de septiembre de 1821, no existieron grandes modificaciones en la práctica del proceso penal respecto de los 300 años de la colonia. De hecho, cuando se revisa la jurisprudencia mexicana de la época del Presidente Juárez es muy sencillo localizar resoluciones que se fundamenten en la aplicación de las Siete Partidas.

Durante esta etapa histórica, el principal actor del proceso penal lo constituyó el juez de instrucción, situación que no varió con la introducción del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, donde si bien, siguiendo el modelo francés se introdujo la figura del Ministerio Público, este desempeñaba las funciones de acción y requerimiento<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Resulta interesante que, durante 1865, el segundo Imperio de Maximiliano si desarrollo un proyecto de código de procedimientos penales.

<sup>33</sup> La importancia del juez de instrucción se mantuvo hasta su desaparición con la reforma planteada en la Constitución de 1917 y explica porque el discurso criticaba con dureza a esta institución:

“El Artículo 20 de la Constitución de 1857 señala las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal; pero en la práctica esas garantías han sido enteramente ineficaces, toda vez que, sin violarlas literalmente, al lado de ellas se han seguido prácticas verdaderamente inquisitoriales, que dejan por regla general a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de los jueces y aun de los mismos agentes o escribientes suyos

[...]

El procedimiento criminal en México ha sido hasta hoy, con ligerísimas variantes, exactamente el mismo que dejó implantada la dominación española, sin que se haya llegado a templar en lo más mínimo su dureza, pues esa parte de la legislación mexicana ha quedado enteramente atrasada, sin que nadie se haya ocupado de mejorarla.

Cfr. “Exposición de Primer Jefe del Ejercito Constitucionalista”, *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, viernes 1º. de diciembre de 1916, párrafo de las páginas 263-264

Así pues, el esquema procesal español se siguió utilizando en México durante todo el siglo XIX y principios del XX, en los códigos de procedimientos penales del DF y territorios federales de 1880, 1894 así como en el Código Federal de 1908 y su impronta es clara ya que podemos encontrar muchos elementos y concepciones de la tradición jurídica en nuestro país que han sobrevivido hasta el día de hoy.

Ahora bien, en este momento de la reforma mexicana, resulta interesante observar que en los últimos 30 años el proceso penal español ha evolucionado profundamente, transformando muchas de sus instituciones pero manteniendo muchos elementos de su tradición procesal, donde hasta la fecha se observan coincidencias terminológicas, por lo que el estudio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y sus reformas resulta de mucho interés.

En lo que se refiere a la selección de los dos modelos latinoamericanos, Chile y Costa Rica son de los casos más exitosos, sin embargo, la razón principal de la selección de estos modelos es su incidencia directa, como se señala en el capítulo IV de este trabajo, en las redacciones de los códigos mexicanos.

En efecto, los nuevos códigos mexicanos se han desarrollado a partir de los trabajos de redacción de los Códigos Procesales Penales en los estados de Oaxaca y de Chihuahua durante el periodo de 2005-2006. Estos procesos de redacción de los códigos acusatorios son los que sin lugar a dudas definen muchos de las características más importantes del modelo mexicano y la influencia de Costa Rica y Chile es evidente al revisar estos proyectos legislativos.

En efecto, estos trabajos para la elaboración de los proyectos de Códigos se iniciaron con base en el denominado *Proyecto Tipo*, que en realidad es una recopilación y selección de las mejores prácticas y desarrollos legislativos de América Latina. En este *Proyecto Tipo* es evidente la influencia de los códigos procesales penales de Costa Rica y Chile de los que, en algunos casos, se puede reconocer la transcripción directa de artículos y que por esta razón pasaron a la legislación mexicana.

### Las medidas cautelares en España

El texto normativo que rige el ordenamiento procesal penal español es la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882. Se trata, sin duda, de un Código que tuvo una gran calidad en el momento de su aprobación, y que introdujo definitivamente los postulados del modelo acusatorio en el sistema procesal penal español. La Ley de Enjuiciamiento Criminal a lo largo de más de un siglo de vigencia, ha sido objeto de numerosas reformas parciales. Es precisamente el hecho de que en 2003 haya sido reformado el régimen de la prisión preventiva lo que lo convierte en una referencia en el tema<sup>34</sup>. Haremos una breve descripción de la regulación de las medidas cautelares personales en materia penal en este sistema jurídico:

---

<sup>34</sup> En lo que se refiere a este tema desarrollado en la Ley Orgánica 13/2003 de 24 de octubre («BOE» núm. 257 de 27 de octubre), de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional seguimos el estupendo trabajo de Gascón Inchausti, Fernando, “La reforma de la prisión provisional en España”, en Cienfuegos, David, *et al*, *Temas de derecho procesal penal en México y España*, México, UNAM. 2005.

### A. Citación cautelar

También denominada orden de comparecencia. Esta regulada en los artículos 486 a 488 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y constituye la mínima constricción posible a la libertad personal puesto que sólo persigue oír a la persona a quien se impute un acto punible salvo que la Ley disponga lo contrario o proceda su detención (art. 486). Con la citación se cumple una triple función: comunicar la imputación, posibilitar la actuación como parte y limitar la actividad del imputado garantizando su disponibilidad al órgano instructor.

Si el citado no comparece ni justifica causa legítima que se lo impida la orden de comparecencia puede convertirse en orden de detención.

### B. Detención

La detención es la privación de libertad consistente en la puesta a disposición judicial de aquellos sujetos que se encuentren comprendidos en alguno de los casos previstos en la Ley (vid., arts. 17 de la Constitución Española<sup>35</sup> y 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Se trata de una medida cautelar de naturaleza provisionalísima que puede adoptar la Autoridad judicial, policial e incluso los particulares.

---

<sup>35</sup> El artículo 17 de la Constitución Española de 1978 establece:

- 1.. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.
2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.
3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.
4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

## Presupuestos

La detención sólo puede ser acordada en los casos previstos en la Ley. Según la regulación legal, la detención puede producirse en tres momentos diferentes: antes de la eventual incoación el proceso penal, durante la tramitación del proceso, y una vez concluido éste.

- a) *Detención practicada sin que exista causa pendiente*: los apartados 1º y 2º del art. 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permiten a cualquier persona detener a quien intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo y al delincuente *in fraganti*, mientras que el apartado 4º del art. 492 faculta a la Autoridad o agente policial para detener a quien, aunque no se hallase procesado, fuese considerado motivadamente como sospechoso de haber participado en un hecho que presentara los caracteres de delito. La detención por parte de los particulares constituye una facultad de ejercicio discrecional mientras que la Autoridad (el Juez de acuerdo con el art. 494 y el Ministerio Fiscal según el art. 5, II del Estatuto de Organización del Ministerio Fiscal) o los agentes de Policía Judicial tienen la obligación de detener cuando, respecto de un sujeto, se den los presupuestos legalmente establecidos.
- b) *Detención practicada durante la tramitación del proceso*: puede llevarse a cabo por parte de cualquier persona frente al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente o frente al procesado que estuviere en rebeldía (art. 490.6º y 7º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .), así como por la Autoridad o agente de policía judicial al procesado en rebeldía por delito castigado con pena superior a la de prisión menor (art. 492.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .- actualmente correspondiente a pena privativa de entre 6 meses y 3 años) o al

procesado por delito castigado con pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho delictivo hicieren presumir que no comparecerá al llamamiento de la Autoridad judicial (art. 492.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.). En este último caso se aprecia la necesidad para la Autoridad o agente de fundar el peligro de fuga en indicios determinados para que proceda la obligación de practicar la detención, obligación que decae si el procesado presta en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente.

c) *Detención practicada una vez concluido el proceso*: los artículos 490.3º,4º,5º y 7º y 492.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. facultan a cualquier persona y obligan a la Autoridad o agente respectivamente a detener a los condenados por delito que se fuguen del lugar en que estuviesen custodiados.

En el caso de que al presunto reo se le impute no un delito sino una falta, sólo procederá su detención cuando no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle (art. 495 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.)

### **Duración de la detención**

El artículo 17.2 de la Constitución Española dispone que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. El esclarecimiento de los hechos a que se refiere el mencionado artículo supone únicamente la realización de las

diligencias de carácter urgente que lleva a cabo la policía según lo previsto en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que son exclusivamente el reconocimiento de identidad y la declaración del detenido.

El plazo máximo establecido en el artículo 17.2 de la Constitución Española puede ser ampliado hasta 10 días cuando haya sido declarado el estado de sitio y hasta 5 días en los supuestos de terrorismo. El incumplimiento del plazo máximo de detención acarreará la responsabilidad penal del funcionario de policía infractor de acuerdo con lo establecido en el art. 164 del Código Penal Español.

Para la detención policial el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que la puesta a disposición de la autoridad judicial del detenido se efectúe dentro de las 24 horas siguientes a la detención. Este plazo no es incompatible con el establecido en el artículo 17.2 de la Constitución Española que se limita a establecer un límite cuantitativo máximo para el legislador en la regulación legal de la detención. Si la detención policial sobrepasa este plazo el detenido podrá utilizar el recurso de *habeas corpus* por exceso de plazo. Este recurso regulado en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, está previsto para las detenciones no jurisdiccionales efectuadas irregularmente o mantenidas más allá del plazo fijado por las leyes para la puesta a disposición judicial del detenido, que es precisamente el efecto que se persigue con este medio de tutela, siempre que no proceda la puesta en libertad del detenido ilegalmente.

La entrega del detenido debe hacerse al Juez más próximo (art. 496.1) y, habiendo varios, al que ese día estuviera de guardia. Esta regla, prevista para que

el detenido quede al amparo del órgano jurisdiccional lo antes posible tiene dos excepciones: si la detención ha sido ordenada por resolución judicial el detenido deberá ser presentado ante el órgano que la haya dictado; y si se trata de delitos cometidos por bandas armadas o terroristas la puesta a disposición se hará al órgano competente, actualmente los juzgados centrales de instrucción. A partir de la entrega, las actuaciones del órgano jurisdiccional dependen del carácter precautelador, cautelar o de medida de ejecución que tenga la detención:

- a) Si la detención es previa al inicio de un proceso, el Juez de instrucción practicará las primeras diligencias y elevará la detención a prisión o decretará la libertad del detenido, según proceda, en el plazo de 72 horas, a contar desde la entrega. Si el Juez fuese incompetente, hecho lo anterior, remitirá al que lo sea las diligencias y al sujeto privado de libertad (art. 499 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).
- b) Cuando la detención se practique durante el desarrollo de un procedimiento (como medida precauteladora procesal) la Ley distingue en función del órgano jurisdiccional al que se haga la entrega. Si es el que está conociendo de la causa deberá elevar la detención a prisión o dejarla sin efecto en 72 horas. Si se trata de un Juez distinto al que está conociendo de la causa, deberá extender una diligencia en la que se mencionen los datos de la persona que haya efectuado la detención así como el nombre, apellidos y circunstancias del detenido, que será firmada por el Juez, el Secretario y quien haya ejecutado la detención y remitida junto con la persona del detenido al órgano jurisdiccional competente (art. 498 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

c) Cuando la detención haya sido efectuada como medida de ejecución, el Juez que haya acordado la detención o a quien se entregue el detenido, dispondrá que éste sea remitido de inmediato al establecimiento o lugar donde debiere cumplir condena (art. 500 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

### **Prisión provisional**

La reforma de la prisión provisional conforme a la Ley Orgánica 13/2003 de 24 de octubre («BOE» núm. 257, de 27 de octubre), se justificó por la necesidad de adecuar la regulación de esta medida cautelar a las exigencias constitucionales de tutela del derecho a la libertad, en función de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.

Así pues, de acuerdo con Gascón Inchausti se buscó delimitar, los requisitos y presupuestos que condicionan la adopción de la prisión provisional como medida cautelar y definir, en particular, cuáles son las finalidades que resulta constitucionalmente legítimo tratar de alcanzar a través de esta medida cautelar<sup>36</sup>.

La Ley Orgánica 13/2003, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, buscó introducir un marco general que guíe la actuación del juez ante quien se plantee su adopción. Así, en los apartados 2, 3 y 4 del nuevo art. 502 se puede leer lo siguiente:

2. La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la

---

<sup>36</sup> Como se ha mencionado, el apartado de la reforma a la Ley de Enjuiciamiento Criminal sigue la clara exposición del Prof. Gascón citada con anterioridad.

libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.

3. El Juez o Tribunal tendrá en cuenta para adoptar la prisión provisional la repercusión que esta medida pueda tener en el imputado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta.

4. No se adoptará en ningún caso la prisión provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación.

Se reconocen en el texto legal elementos del principio de proporcionalidad – observándose con claridad la subsidiariedad y la excepcionalidad de esta medida cautelar–.

El art. 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece los requisitos para poder decretar la prisión provisional. Gascón Inchausti señala que es necesaria, para poder adoptar esta medida, la concurrencia de dos requisitos comunes –a través de los que se concreta la exigencia de «apariencia delictiva»– y, junto a ellos, la existencia de un fin preciso, cuya persecución a través de la prisión resulte legítima.

Respecto de la apariencia delictiva, son los ordinales 1º y 2º del apartado 1 del artículo 503 los que la definen y permiten establecer cuando se está en presencia de elementos suficientes para acordar la prisión provisional. En términos generales, cabe desglosar esa apariencia delictiva en dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo: «que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito» –elemento objetivo– y «que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión» –elemento subjetivo–.

Por otra parte, se debe enfatizar que no todos los hechos que presentan apariencia delictiva dan pie a la prisión preventiva, ya que el ordinal 1º del apartado 1 del art. 503 exige, como regla, que el delito investigado esté sancionado con una pena cuyo límite máximo sea igual o superior a dos años de prisión. Se excluye, con ello, la prisión provisional cuando el hecho punible perseguido no sea un delito, sino una falta; y, también, tratándose de delitos, cuando no esté castigado con pena de prisión o cuando, estándolo, el límite máximo no sea igual o superior a los dos años de duración, aunque se establecen una serie de excepciones:

a) Cuando el delito esté castigado con pena privativa de libertad, cualquiera que sea su duración, en caso de que el imputado tuviera antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación derivados de condena por delito doloso.

b) El resto de las excepciones, por el contrario, guardan relación con el concreto fin perseguido a través de la prisión provisional. En concreto, el límite de los dos años de prisión no será aplicable:

— En los casos en que con la prisión provisional se esté tratando de combatir el riesgo de fuga, cuando a la vista de las actuaciones que resulten de las actuaciones hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores (art. 503.1.3º a) III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

— Cuando la prisión provisional busque evitar que el imputado pueda

actuar contra bienes jurídicos de la víctima (art. 503.1.3º c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

— En los casos en que la prisión provisional pretenda evitar una reiteración delictiva, cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad (art. 503.2 III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Junto a la apariencia delictiva ya esbozada es necesario que se presenten alguno de los fines de la prisión provisional que la reforma establece, a saber:

— Asegurar la presencia del imputado en el proceso, combatiendo con ello el riesgo de fuga (art. 503.1.3º a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

— Asegurar el buen éxito de la investigación, evitando el riesgo de que se oculten, alteren o destruyan las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento (art. 503.1.3º b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

— Asegurar que el imputado aproveche su situación de libertad para cometer nuevos delitos, evitando con ello el riesgo de reiteración delictiva, especialmente cuando se aprecie el peligro de que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima (arts. 503.2 y 503.1.3º c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Veamos algunas cuestiones relativas a estos fines:

### **Riesgo de fuga**

Impedir que el imputado se sustraiga a la acción de la Justicia es, sin duda, la finalidad que justificó el nacimiento de la prisión provisional y también aquella que, en la práctica, se utiliza en la mayoría de los autos de prisión, la reforma a la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige que el juez formule un juicio de inferencia racional del riesgo de fuga. A tal fin, lo que hace la Ley es ofrecerle al juzgador en el art. 503.1.3º a) un catálogo de datos o de extremos en los que puede buscar indicios de ese peligro de fuga y así, de paso, le obliga a valorar de forma conjunta al menos los siguientes elementos:

- La naturaleza del hecho.
- La gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado.
- La situación familiar, laboral y económica del imputado.
- La inminencia de la celebración del juicio oral, especialmente cuando procediera incoar el procedimiento especial de enjuiciamiento rápido.

El precepto obliga al órgano judicial a expresar en el auto de prisión la valoración de los mencionados elementos y, aunque entre ellos aparece la gravedad de la pena –porque objetivamente es un dato del que se puede deducir un riesgo de fuga–, ya no es el único, ni tiene por qué ser el primordial.

### **Peligro para la investigación**

La nueva regulación de la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla expresamente la posibilidad de utilizar esta medida como instrumento para evitar que se frustre o se obstaculice la investigación, mediante la ocultación, alteración

o destrucción de fuentes de prueba que sean relevantes para un eventual y posterior enjuiciamiento del hecho punible objeto del proceso. Se exige, además, que exista un peligro fundado y concreto, para evitar que pueda adoptarse la prisión provisional con una mera invocación de este motivo.

Por otra parte, no debe confundirse este peligro con una situación diversa, que es la negativa del imputado a colaborar en la instrucción: esta actitud negativa forma parte de su derecho de defensa, y su resistencia no puede vencerse por medio de la coerción que supone la amenaza de que se pueda decretar auto de prisión provisional frente a él. Por eso, el nuevo art. 503.1.3º b) II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece expresamente que «no procederá la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de la falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación».

#### **Peligro de reiteración delictiva**

En términos generales, el art. 503.2 I establece que «también podrá acordarse la prisión provisional (...) para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos». Y el art. 503.1.3º c) contiene, por su parte, un supuesto especial inspirado en la misma *ratio*: «evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153 del Código Penal»<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Se trata de quien sea o haya sido cónyuge del imputado, o persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o de los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro. Además, hay que recordar que en estos casos no es de aplicación el límite mínimo de dos años de duración de la prisión.

Gascón Inchausti señala que aun cuando se habla de «reiteración delictiva», el peligro que trata de combatirse a través de la prisión provisional no es el de que se vuelva a cometer el mismo delito, sino, de forma más amplia, el de que el imputado vuelva a cometer otros hechos delictivos, sean o no del mismo tipo que el que ya se le atribuye.

Aunque se reconoce que este es un supuesto muy polémico se señala que la *ratio* del legislador español radica en el reconocimiento que el proceso penal tiene a su cargo la protección de un conjunto de valores jurídicos en cuya protección radica un especial interés público. En este sentido, al proceso penal, configurado como instrumento al servicio de la realización del interés público, no le puede ser indiferente la posibilidad de que el imputado aproveche su duración en el tiempo para seguir lesionando el interés público, esto es, no le puede resultar ajeno el peligro de que el imputado pueda cometer nuevos hechos delictivos mientras se espera a la celebración del juicio y a la eventual sentencia. En la medida en que el proceso no puede ser instantáneo, es misión de sus protagonistas el evitar que la necesidad de un desarrollo temporal prolongado se torne en perjuicio del interés público que a través del propio proceso pretende restablecerse.

Junto a lo anterior, en los supuestos en que pretende evitarse el peligro, más concreto, de que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, se añade una razón adicional: la progresiva asunción de que el proceso penal también ha de servir como instrumento para una adecuada tutela de la víctima, que se halla en clara sintonía con la posibilidad de decretar el ingreso en

prisión provisional del imputado en estos supuestos, especialmente en los casos de lo que ha venido en llamarse «violencia doméstica».

#### **Exclusión de la alarma social como fin de la prisión provisional**

La regulación previamente vigente de la prisión provisional establecía cómo uno de los factores que podían justificar la adopción de esta medida cautelar a la alarma social generada por la comisión del delito. Al ser el de la alarma social concepto de contornos muy imprecisos, su empleo como criterio para adoptar una medida restrictiva del derecho fundamental a la libertad personal no se encuentra suficientemente justificado por lo que se suprimió de la legislación.

#### **Duración de la prisión provisional**

De modo general, el nuevo art. 504.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines que tiene encomendados, y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción. Ahora bien, el art. 17.4 de la Constitución Española establece que «por ley se determinará el plazo máximo de la prisión provisional». En desarrollo de esta previsión se procede a fijar el límite máximo de duración de la prisión provisional, en función de la finalidad que se persigue con la prisión provisional en cada caso concreto.

Decretada la prisión provisional para combatir el riesgo de fuga o el riesgo de reiteración delictiva, su duración máxima será diversa en función de la pena asignada en abstracto al delito. Si el delito está castigado con una pena no

superior a tres años de prisión, la duración máxima será de un año, prorrogable por seis meses más, cuando concurren circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada en un año. Y si la pena prevista para el delito es superior a tres años, la duración máxima será en principio de dos años, prorrogables por dos más. En ambos casos, si el imputado es condenado y recurre la sentencia, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta.

Cuando la prisión provisional se hubiera decretado para evitar el riesgo de alteración, destrucción u ocultación de las fuentes de prueba, entonces su duración no podrá exceder de seis meses.

#### **Procedimiento para decretar la prisión provisional**

En lo que se refiere al procedimiento para adoptar la prisión provisional, sólo será a petición del Ministerio Fiscal o alguna de las acusaciones que se hayan personado en la causa; antes de adoptar su decisión, ha de celebrar una vista con todas las partes, que ha de tener lugar en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el imputado detenido sea puesto a su disposición.

#### **Libertad provisional**

La libertad provisional es la situación en que se encuentra el encausado condicionada a la prestación de ciertas obligaciones accesorias que tienen por

objeto asegurar su presencia en el proceso penal. Con la libertad provisional se logra compatibilizar la adopción de medidas que aseguran el normal desarrollo del proceso penal con el mantenimiento de la libertad individual del imputado por lo que debe configurarse como la regla general en la adopción de medidas cautelares personales y la prisión provisional como la excepción.

### **Presupuestos**

La libertad provisional se configura como una alternativa a la prisión preventiva, por lo que cabe establecer un criterio objetivo para su adopción: cuando el hecho delictivo tenga señalada una pena de prisión de 6 meses a tres años (antigua prisión menor) o inferior, salvo que concurran circunstancias que aconsejen la prisión provisional (antecedentes, circunstancias del hecho, alarma social o frecuencia en la comisión del hecho delictivo). Por lo tanto, si el Juez decide no acordar la prisión provisional, decretara, mediante auto, la libertad provisional con o sin fianza.

### **Obligaciones accesorias**

Con objeto de garantizar la presencia del encausado en el juicio oral, la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece dos obligaciones accesorias con las que puede condicionar la libertad provisional acordada por el Juez:

### **La fianza**

Esta puede ser acordada como alternativa de la detención (art. 492. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o de la prisión provisional. En este último caso, será obligatorio para el Juez acordarla cuando el delito tuviera señalada pena

superior a prisión de 6 meses a 3 años y facultativo, atendiendo a las circunstancias personales del encausado y de la comisión del hecho, cuando el delito tuviera señalada pena de 6 meses a 3 años de prisión o inferior (arts. 503 regla 2ª y 529 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En el mismo auto en que el Juez decretare la libertad provisional fijará, en su caso, la calidad y cantidad de la fianza que se hubiere de prestar, para lo cual se tomarán en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieran influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la Autoridad judicial.

#### **La obligación de comparecer ante el Juez**

Siempre que el Juez acuerde la libertad provisional, con o sin fianza, o cuando se produzca la excarcelación por transcurso de los plazos legales de duración de la prisión provisional (en cuyo caso no cabe requerir al excarcelado para que preste fianza), el inculcado tendrá la obligación de comparecer en los días que le fueran señalados y cuantas veces fuera llamado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa (art. 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Las comparecencias tienen una periodicidad variable, según el mayor o menor riesgo de fuga. En la práctica es frecuente señalar los días 1 y 15 de cada mes.

#### **Privación del permiso de conducir vehículos de motor o de la licencia para conducir ciclomotores**

Esta medida cautelar procede una vez realizada la imputación judicial contra persona determinada por hechos cometidos con motivo de la conducción de vehículos de motor o de ciclomotores. La privación del permiso o licencia se

hará recogiendo materialmente el permiso e incorporándolo a los autos, dando cuenta a la Jefatura Provincial de Tráfico.

Por otra parte, el artículo 786 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza a los miembros de la policía judicial a proceder a la intervención del vehículo, del permiso de conducir y del de circulación.

#### **Suspensión de función o cargo público**

Reestablecida por la Ley Orgánica 4/1988, a través de esta medida cautelar, cuando exista un auto de procesamiento declarado firme y en el caso concreto se haya decretado la prisión provisional por delito cometido por persona integrada en bandas armadas, terroristas o rebeldes, el procesado que estuviese ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la prisión.

#### **Prohibición de abandonar el territorio nacional**

Esta medida, de neta finalidad cautelar, limita la facultad deambulatoria del imputado constriéndola al territorio nacional, para evitar que pueda abandonar el país y sustraerse así a la acción de la justicia. Se concreta en la entrega del pasaporte en el Juzgado y en una orden que se remite a los órganos administrativos fronterizos. Se trata de una medida que se adopta conjuntamente con la resolución por la que se decreta la libertad provisional del imputado y complementa la obligación periódica de comparecer ante el órgano jurisdiccional.

El Código Procesal Penal de Chile contempla, en el título V del libro I, una serie de medidas que engloba bajo la denominación genérica de medidas cautelares personales. El Código Procesal Penal de Chile en el título V, libro I, arts. 122 y siguientes, regula específicamente cuatro tipos de medidas cautelares, a saber, la citación, la detención, la prisión preventiva, y las que denomina otras medidas cautelares, donde se recogen genéricamente siete diferentes medidas cautelares.

### Medidas específicas

#### Citación

De acuerdo con la regulación legal, en aquellos casos en que “fuere necesaria la presencia del imputado ante el tribunal, éste dispondrá su citación de acuerdo con lo previsto en el art. 33” (art. 123).

El art. 33, por su parte, señala en su inciso 1° que en los casos que “fuere necesario citar a alguna persona para llevar a cabo una actuación ante el tribunal, se le notificará la resolución que ordenare su comparecencia”. El contenido de la citación se especifica en el inciso 2° del art. 33, debiendo indicarse el tribunal ante el cual debe comparecer, su domicilio, la fecha y hora de la audiencia, la

---

<sup>38</sup> El epígrafe sobre Chile está basado en el cuidadoso y detallado trabajo de Marín González Juan Carlos “Las medidas cautelares personales en el nuevo código procesal penal chileno” REJ - Revista de Estudios de la Justicia, Santiago de Chile, N° 1 - Año 2002, aunque también se sugiere la revisión del excelente Manual de Horvitz, Marialne y López Masle, Julian, Derecho Procesal Penal Chileno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, tomo I. debe señalarse que entre los autores de estos trabajos mencionados existe un interesante y fecundo diálogo sobre el tema.

identificación del proceso y el motivo de la citación. Asimismo, debe advertirse a la persona citada que la no comparecencia sin causa justificada dará lugar a que sea conducido por la fuerza pública, que quedará obligado al pago de las costas que se causaren y que puede imponérseles sanciones. En caso de impedimento el citado deberá comunicarlo y justificarlo ante el tribunal antes de la fecha de la audiencia, si ello fuere posible.

Ahora bien, el inciso 3º del art. 33 contempla la posibilidad de que el tribunal ordene la detención o la prisión preventiva del imputado que injustificadamente no compareciere a la citación judicial.

En otras palabras, frente a la incomparecencia injustificada del imputado a la citación judicial el tribunal, en la audiencia respectiva, el juez puede directamente ordenar su prisión preventiva. La duración máxima, al igual que en el caso de la detención, se encuentra expresamente regulada en el propio inciso 3º del art. 33 «hasta la realización de la actuación respectiva». Por tanto, tan pronto como se realice dicha actividad el tribunal debe ordenar el cese de la prisión preventiva.

Ahora bien, “Cuando la imputación se refiera a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación” (art. 124, inciso 1º). Ahora bien, el inciso 2º del nuevo art. 124 establece que “lo dispuesto en el inciso precedente no tendrá lugar en los casos a que se refiere el inciso 4º del art. 134 o cuando procediere el arresto por falta de

comparecencia, la detención o la prisión preventiva de acuerdo a lo previsto en el art. 33”. Por tanto, después de la reforma introducida por la ley 19.789 al art. 124, si el imputado-citado se encuentra en alguna de las situaciones previstas en el art. 124 (faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad) y no compareciere a la citación judicial, el tribunal puede ordenar el arresto, la detención o la prisión preventiva.

### **Detención**

De acuerdo con Marín González la detención es la privación de libertad de un sujeto por un tiempo breve y determinado con la finalidad de ponerlo a disposición del juez de garantía.

En el Código Procesal Penal de Chile la detención se encuentra regulada en el párrafo 3º, título V, libro I, artículos 125 y siguientes. Como premisa general el art. 125 —primero del párrafo de la detención— señala que «ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por ley y después que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendido en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducido ante la autoridad que correspondiere». Por lo que nos referiremos a estos supuestos:

#### **a) Detención en caso de delito flagrante**

Dispone el inciso 1º del art. 129 que «cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al

aprehendido a la policía, al ministerio público o a la autoridad judicial más próxima».

El inciso 2º del art. 129, por su parte, dispone que «los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito». Por tanto, para los agentes de la policía, a diferencia de los particulares, la detención en caso de delitos flagrantes es obligatoria.

b) Detención en caso de quebrantamiento de una condena o de una medida cautelar personal.

Dispone el art. 129 inciso final que «la policía deberá, asimismo, detener al sentenciado a penas privativas de libertad que hubiere quebrantado su condena y al que se fugare estando detenido o en prisión preventiva».

c) Detención judicial

Dispone el art. 127 que «salvo los casos contemplados en el art. 124, el tribunal a solicitud del ministerio público, podrá ordenar la detención del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada».

#### Plazo de la detención

El instante en que se inicia la detención es aquel en que la persona es inmovilizada y, por tanto, pierde la libertad ambulatoria en manos de la policía o del particular que la hubiere practicado. Esta situación no genera mayor

inconveniente. Lo que sí puede generar algún problema es determinar hasta cuando dura esta detención. Para ello debemos distinguir entre los diversos casos que se contemplan en el Código Procesal Penal de Chile. Así, tratándose de la detención en caso de delito flagrante que es practicada por un particular, el art. 129 estipula que éste debe entregar al aprehendido inmediatamente a la policía, al ministerio público o a la autoridad judicial más próxima. De aquí se concluye que bajo esta hipótesis la medida cautelar sólo dura el instante que media entre el acto mismo de la detención y su inmediata entrega a la autoridad correspondiente.

Tratándose de la detención que efectúa la policía de un sujeto sorprendido in fraganti en la comisión de un hecho delictuoso, el inciso 2º del art. 131 señala que el agente policial que la hubiere realizado deberá informar de ella al ministerio público dentro de un plazo máximo de doce horas. El fiscal podrá dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.

En caso de detención judicial el agente de policía que la hubiere realizado, o el encargado del recinto de detención conducirán inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden. Si lo anterior no fuere posible por no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá de veinticuatro horas (inciso 1º del art. 131).

## Comparecencia judicial

Una vez que el sujeto ha sido detenido debe ser conducido en los plazos ya vistos ante el juez de garantía. De este modo, el inciso 1° del art. 132 estipula que «a la primera audiencia judicial del detenido deberá concurrir el fiscal. La ausencia de éste dará lugar a la liberación del detenido». En esta audiencia el fiscal procederá directamente a formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares que procedieren, siempre que contare con los antecedentes necesarios y que se encontrare presente el defensor del imputado. En el evento de que no pudiere procederse de la manera indicada, el fiscal, según ya hemos adelantado, puede solicitar la ampliación del plazo de detención hasta por tres días con el fin de preparar su presentación. El juez accederá a esta petición cuando estimare que los antecedentes justifican la medida (inciso 2° del art. 132).

## Prisión Preventiva

De acuerdo con Marín González, en el sistema chileno, la prisión preventiva consiste en la privación por tiempo indefinido de libertad de una persona a la que se le imputa la comisión de un delito, dirigida a asegurar en última instancia la efectividad de la eventual sentencia condenatoria con que pueda finalizar el proceso penal<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> De la lectura del concepto llama la atención el hecho que se mencione que la privación de la libertad es por tiempo indefinido, Horvitz y Masle –op. Cit. Pagina 389-- no asumen esta característica, sin embargo la exposición de Marín es muy interesante pues critica esta posición que el úbica como resultado de la tramitación parlamentaria: "...la duración indefinida de la prisión preventiva es uno de los aspectos más

Se trata de una medida cautelar personal de carácter excepcional, que sólo procede cuando las demás medidas cautelares previstas por la ley fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento (art. 139 inc. 2°PP). Ahora bien, el código chileno dispone categóricamente en su artículo 141 inciso 2° que: No procederá la prisión preventiva:

- a) Cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de libertad de duración no superior a la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo.
- b) Cuando se trate de un delito de acción privada.
- c) Cuando el tribunal considere que, en caso de ser condenado, el imputado pudiere ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad contempladas en la ley y éste acreditare tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de su arraigo familiar o social.

En estas tres hipótesis el imputado debe permanecer en el lugar donde se desarrolla el juicio hasta su término, debiendo presentarse a todos los actos de procedimiento y a la ejecución de la sentencia inmediatamente que fuere requerido o citado en conformidad a los arts. 33 y 123 (inciso 3° art. 141).

---

criticables de esta institución. De hecho, el proyecto original del ejecutivo contemplaba una duración máxima de 18 meses. La modificación de esta situación se realizó por la Cámara de Diputados que en una argumentación insólita consideró que «el establecimiento de la disposición era un error, o por cuanto, en la práctica conduce a que el juez tenga a la persona privada de libertad por dieciocho meses [¿?]» Marín González, Juan Carlos, Op. Cit.

## Presupuestos de aplicación

### a) Presupuestos objetivos

El artículo 140 del Código Procesal Penal de Chile señala que «una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del ministerio público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;
- b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
- c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de las diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido».

Sobre el apartado C en su parte final se ha abierto un debate muy interesante para los fines de definir los límites del uso de la prisión preventiva en el nuevo sistema acusatorio. Así pues la afirmación: “Que la libertad del imputado sea peligrosa para la seguridad de la sociedad”, se ha prestado a un conjunto de críticas. Para Marín “este criterio aisladamente considerado es desde todo punto de vista censurable como elemento para negar la libertad del imputado.” Sin embargo señala que en su interpretación puede ser reconducido a los otros dos

incisos. Así señala que “al explicitar el legislador en el inciso 3° del art. 140 el contenido de la peligrosidad para la sociedad aparecen elementos que atenúan nuestra crítica. Señala el aludido inciso: Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a una medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contempladas en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que se trataran, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.”<sup>40</sup>

Sin embargo, sobre el supuesto de que “la libertad del imputado sea peligrosa para la seguridad del ofendido” la crítica es unánime a partir de las tesis de Ferrajoli<sup>41</sup>. Así se señala que este tercer criterio se aleja de los fines cautelares que se reconoce a la prisión preventiva. En efecto, dispone el inciso 4° del art. 140 que «se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la

---

<sup>40</sup>Al respecto Horvitz y Masle reconocen el mérito del esfuerzo interpretativo realizado por el autor en comentario pero también señalan que se trata de un esfuerzo interpretativo que no resulta convincente, porque no logra desvirtuar toda la fuerza que, en la cultura jurídica chilena, tiene la noción de "peligro para la seguridad de la sociedad", como equivalente de "peligro de reincidencia".

<sup>41</sup>“La perversión más grave del instituto, legitimada desgraciadamente por Carrara y antes por Pagano, ha sido su transformación de instrumento exclusivamente procesal, dirigido a “estrictas necesidades” sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos». Si analizamos con detención en este caso lo que existe es una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha de que el sujeto puede cometer nuevos delitos en contra de la víctima, su familia o sus bienes. Lo que equivale de hecho «a una presunción de culpabilidad; y al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido afflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida “procesal”, o “cautelar”, y en consecuencia, “no penal”, en lugar de una ilegítima pena sin juicio” Ferrajoli, *Derecho y razón*, 3ª ed., Editorial Trotta S.A., 1998, p.551, citado por Marín González, Juan Carlos, op. Cit.

libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permiten presumir que éste realizará atentados graves en contra de aquél, o en contra de su familia o bienes».

### **Presupuestos subjetivos**

Por otra parte, de conformidad con el artículo 122 inciso 2° esta medida debe siempre decretarse por medio de resolución judicial fundada. El art. 143 dispone que al concluir la audiencia el tribunal se pronunciará sobre la prisión preventiva por medio de una resolución fundada, en la cual expresará claramente los antecedentes calificados que justifican la decisión. Por su parte el artículo 154, dentro de los requisitos comunes a la prisión preventiva y la detención, nos dice que toda orden de prisión preventiva y de detención será expedida por escrito por el tribunal, y contendrá: a) el nombre y apellidos de la persona que debiere ser detenida o aprehendida o, en su defecto, las circunstancias que la individualizaren o determinaren; b) el motivo de la detención o prisión; y c) la indicación de ser conducido de inmediato ante el tribunal, al establecimiento penitenciario o lugar público de prisión o detención que determinare, o de permanecer en su residencia según correspondiere .

### **Procedimiento para la imposición de la prisión preventiva**

La solicitud de prisión preventiva puede plantearse verbalmente en cualquiera de las siguientes audiencias:

1. En la de formalización de la investigación:

2. En la audiencia de preparación del juicio oral.
3. En la audiencia del juicio oral.
4. En una audiencia citada especialmente al efecto.

El desarrollo de estas, en relación con la solicitud de prisión preventiva, es el siguiente:

- a) Alegaciones de las partes: en la respectiva audiencia el fiscal debe ratificar su petición sobre prisión preventiva (en el caso de una audiencia especialmente citada al efecto), o pedir verbalmente su aplicación (en las demás audiencias). En seguida, el tribunal debe ofrecer la palabra al defensor y a los demás intervinientes que estuvieren presentes y quisieren hacer uso de la palabra. Al respecto, el art. 142 en su inciso final nos dice que «una vez expuestos los fundamentos de la solicitud por quién la hubiere formulado, el tribunal oirá en todo caso al defensor, a los demás intervinientes si estuvieren presentes y quisieren hacer uso de la palabra y al imputado.
- b) Proposición de prueba: el solicitante de la medida no sólo debe indicar los fundamentos de su pretensión sino que, en aquellos casos que fuere necesario, adjuntar los elementos que sustenten su petición. Esto último ocurrirá principalmente en aquellas situaciones en que se cite a una audiencia especial para resolver sobre la petición del fiscal.
- c) Decisión del juzgador: finalmente, la solicitud de prisión preventiva, cualquiera hubiere sido la audiencia en que hubiese sido formulada, debe ser

resuelta por el tribunal. Al respecto, el art. 143 nos señala que «al concluir la audiencia el tribunal se pronunciará sobre la prisión preventiva por medio de una resolución fundada, en la cual expresará claramente los antecedentes calificados que justificaren la decisión». Es decir, el tribunal debe expresar palmariamente por qué razón estima que es procedente o improcedente la medida solicitada.

#### **Duración de la prisión preventiva**

De acuerdo con Marín González, el Código Procesal Penal de Chile no contempla un plazo máximo de duración. Con todo, sí se establecen una serie de artículos que permiten poner término a esta institución bajo determinados supuestos.

Así, el art. 122 señala que estas medidas sólo duraran mientras se subsistiere la necesidad de su aplicación. Idea que es reafirmada por el art. 152 que dispone en su inciso 1º: «El tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes decretará la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado».

Pero la medida no sólo debe cesar cuando no subsistan los motivos que la hubieren justificado, sino que en el inciso 2º del art. 152 se contempla una obligación para el tribunal, cual es, citar de oficio a una audiencia con el fin de considerar la cesación o la prolongación de la medida, cuando la duración de esta hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que hubiese impuesto existiendo recursos pendientes.

Por su parte, el art. 144 señala que la «resolución que ordenare o rechazare la prisión preventiva será modificable de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, en cualquier estado del procedimiento».

Por su parte el inciso 2 del art. 145 reafirma, una vez más, la preocupación del legislador porque la prisión preventiva esté continuamente en revisión a efectos de determinar si se justifica su prolongación o si, por el contrario, es necesario decretar la libertad del imputado. Así, dispone el referido inciso 2° que «transcurridos seis meses desde que se hubiere ordenado la prisión preventiva o desde el último debate oral en que ella se hubiere decidido, el tribunal citará de oficio a una audiencia con el fin de considerar su cesación o prolongación».

### **Incomunicación**

La prisión preventiva puede revestir una doble forma: comunicada o incomunicada. La regla general es la comunicación, en la que el preso gozará de todos los derechos concedidos por la ley. Pero también el juez puede decretar la incomunicación del preso en conformidad con lo dispuesto en el art. 151. En este evento el fiscal puede pedir la incomunicación del preso y el juez decretarla hasta por un máximo de diez días, si considera que ello es necesario para el éxito de la investigación.

No se trata de una incomunicación absoluta ya que el imputado tiene derecho a entrevistarse privadamente con su abogado (art. 94 letra f). Del mismo modo tampoco se puede restringir el acceso a su propia atención médica (inciso 1° art. 151).

En el inciso 2° del art. 151 se señala que «el tribunal deberá instruir a la autoridad encargada del recinto en que el imputado se encontrare acerca del modo de llevar a efecto la medida, el que en ningún caso podrá consistir en el encierro en celdas de castigo».

#### **Sustitución de la prisión preventiva por otras medidas cautelares**

Dispone el inciso 1° del art. 145 que «en cualquier momento del procedimiento el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir la prisión preventiva por alguna de las medidas que se contemplan en las disposiciones del párrafo 6° de este título».

#### ***Reemplazo de la prisión preventiva por una caución económica***

El art. 146 dispone: «Cuando la prisión preventiva hubiere sido o debiere ser impuesta para garantizar la comparecencia del imputado al juicio y a la eventual ejecución de la pena, el tribunal podrá autorizar su reemplazo por una caución económica suficiente, cuyo monto fijará». Agrega en el inciso 2° que «la caución podrá consistir en el depósito por el imputado u otra persona de dinero o valores, la constitución de prendas o hipotecas, o la fianza de una o más personas idóneas calificadas por el tribunal».

En relación con el monto de la caución la ley no nos da más referencia que señalar, que él debe ser suficiente. No establece ningún criterio que ayude al tribunal a determinar qué debe entenderse por suficiente,

## Recursos

Señala el art. 149 que la «resolución que ordenare, mantuviere, negare lugar o revocare la prisión preventiva será apelable cuando hubiere sido dictada en una audiencia. En los demás casos no será susceptible de recurso alguno».

Para entender esta norma debemos analizar las distintas hipótesis que ella regula. La resolución que ordena como la que niega la prisión preventiva son siempre apelables. Lo anterior porque la prisión preventiva, en cuanto medida cautelar, sólo puede ser adoptada en audiencia. No existe la posibilidad de que el tribunal decrete o rechace la petición de esta medida sin llamar a las partes una audiencia en la cual se discutirá la respectiva petición.

Ahora bien, el art. 144 nos dice que la resolución que ordenare o rechazare la prisión preventiva será modificable de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, en cualquier estado del procedimiento. Agregando, en el inciso 2° que «cuando el imputado solicitare la revocación de la prisión preventiva el tribunal podrá rechazarla de plano [...]». Pues bien, en caso de que el tribunal rechace de oficio la petición de dejar sin efecto la medida concedida no procederá recurso alguno en contra de esta resolución. Si, por el contrario, previo a resolver la solicitud el tribunal cita a una audiencia para resolver la petición, la resolución que rechace la petición sí será apelable.

## Término de la prisión preventiva

Dispone el inciso 1° del art. 153 que «el tribunal deberá poner término a la prisión preventiva cuando dictare sentencia absolutoria y cuando decretare sobreseimiento definitivo o temporal, aunque dichas resoluciones no se

encuentren ejecutoriadas». Por su parte, el art. 347 prescribe que «comunicada a las partes la decisión absolutoria [...], el tribunal dispondrá, en forma inmediata, el alzamiento de las medidas cautelares personales que se hubieren decretado en contra del acusado [...]».

### **Otras medidas cautelares personales**

En los arts. 155 y 156 se contemplan una serie de medidas a las que puede acudir el juez de garantía con preferencia a la prisión preventiva. Estas «otras» medidas cautelares son el corolario lógico y necesario de los principios que hemos visto informan la aplicación de la prisión preventiva: subsidiaridad y proporcionalidad. Son estas «otras medidas» las que principalmente van a permitir que estos principios en la práctica reciban un efectivo empleo. De poco o nada hubiese servido establecer dichos principios si en definitiva no se hubiere entregado al juez la facultad real de ponderar en cada caso qué tipo de medida satisface y resguarda mejor los fines del procedimiento. Si sólo se hubiese consagrado el binomio «prisión preventiva-libertad» la actividad del tribunal hubiere quedado severamente restringida.

Las medidas cautelares que se contemplan en el art. 155 son las siguientes:

- a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquella se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;
- b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;

- c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare;
- d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;
- e) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;
- f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa, y
- g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la

#### **Oportunidad**

Lo único que la ley señala sobre este particular es que el tribunal puede decretar estas medidas después de formalizada la investigación. En esta materia rige la misma situación que para la prisión preventiva. Por tanto, el fiscal, el querellante, o la víctima podrán pedir la aplicación de una o más de estas medidas en cualquiera de las audiencias que hemos visto puede solicitarse la prisión preventiva, esto es, en la de formalización, en la de preparación del juicio oral; en la del juicio oral, o en una especialmente citada para este efecto.

#### **Suspensión temporal de la medida**

Señala el art. 156 que el tribunal puede a petición del afectado dejar temporalmente sin efecto las medidas adoptadas, cuando estimare que no se ponen en peligro los objetivos que se tuvieron presente al concederlas. En este caso el juez debe oír al fiscal y previamente citar a los demás intervinientes que

hubieren participado en la audiencia en que fueron decretadas. Para estos efectos el juez puede admitir las cauciones previstas en el art. 146.

### **Las medidas cautelares en el proceso penal de Costa Rica**

Costa Rica fue uno de los primeros países latinoamericanos en realizar reformas a su sistema de justicia penal. Se pueden señalar dos etapas. En la primera, en 1973 aprobó un Código de Procedimientos Penales que estableció un sistema mixto de enjuiciamiento, caracterizado por tener una etapa de instrucción de corte inquisitiva en manos de un juez de instrucción y, una etapa de juicio oral, pública y contradictoria como fase de juzgamiento, siguiendo el modelo planteado por la legislación de la provincia de Córdoba, Argentina en los años 40.

La segunda etapa, es a partir de 1996, cuando se promulgó la Ley 7594 que estableció un nuevo Código Procesal Penal y una Ley de Reorganización Judicial destinada a reestructurar administrativamente al Poder Judicial y Ministerio Público. El nuevo Código reguló un sistema procesal penal de carácter acusatorio, donde la principal modificación respecto a 1973 fue la entrega de la investigación penal preparatoria al Ministerio Público con el auxilio de la Policía Judicial.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Para un estudio empírico sobre el funcionamiento de las medidas cautelares en Costa Rica puede verse Duce, Mauricio, “La oralidad en las etapas previas al juicio: la experiencia del circuito judicial de Guanacaste, Costa Rica”, en Riego, Cristan (coord.), *Reformas procesales penales en américa latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, IV etapa*, Santiago de Chile, CEJA, 2007, páginas 295-314

El código procesal penal, que emana de la ley 7594, emitido por la Asamblea Legislativa de la República en cuestión, cuenta con hipótesis similares a lo que se pretende implementar en nuestro país, refiriéndonos, específicamente en el tema de prisión preventiva, en mayor o menor medida contempla los principios del proceso acusatorio (publicidad, oralidad, concentración de actuaciones, inmediación, presunción de inocencia, legalidad, etc.).

La función procesal, los elementos y modalidades que consideró el legislador, viables, para establecerlas en la ley, para la procedencia de la prisión preventiva, están contenidos en el artículo 239, y son:

- a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él.
- b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva.
- c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad.

En este contexto la función procesal que se le otorga a la prisión preventiva, refiere específicamente a tres hipótesis a saber:

1. Peligro de obstrucción de la investigación: La función procesal en ésta hipótesis, se funda únicamente en la sospecha grave y pretende evitar que se frustre o se obstaculice la averiguación de la verdad y la destrucción de los elementos que

resultaren relevantes para la sentencia. La prisión preventiva en esta modalidad durará, hasta la conclusión del debate del juicio oral. Los elementos que se exigen, están contenidos en el artículo 241 y son los siguientes:

a) Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba.

b) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

2. Peligro de Fuga: La función procesal en ésta hipótesis, refiere directamente a evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia y se vincula insoslayablemente con la gravedad de la pena asignada al delito, en consecuencia se requiere de elementos mínimos de convicción, que sean suficientes para justificar una probabilidad razonablemente, para la procedencia de la medida cautelar en la modalidad de riesgo de fuga, se instituye que se deben tener en cuenta los elementos contenidos en el artículo 240, y son:

a) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga.

b) La pena que podría llegarse a imponer en el caso.

c) La magnitud del daño causado.

d) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

3. Peligro de reiteración delictiva: si bien la función procesal en sentido amplio refiere, directamente a la pretensión de evitar que el imputado vuelva a cometer otros hechos delictivos. La inclusión de esta función de la prisión provisional, se considera como un punto delicado y conflictivo, ya que está concebida como una medida de prevención, usurpando las funciones de la pena, que se impone en la sentencia al término del proceso. Ésta modalidad contenida en el artículo 239 inciso b, in fine, transgrede el principio de inocencia. Ya que, ésta modalidad contiene una naturaleza sancionatoria, al detener a una persona con fines preventivos, propios de la pena, en otras palabras se utiliza a la prisión preventiva como imposición anticipada de la sanción penal.

### Capítulo III. La reforma constitucional y el nuevo sistema de medidas cautelares

La reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública de 2008 busca la transformación de las prácticas de la utilización de las medidas cautelares en el sistema penal mexicano. De hecho, la nueva regulación de las medidas cautelares tiene un impacto profundo en el diseño del nuevo proceso y constituye una de las más importantes apuestas de la reforma.

Se pueden identificar dos finalidades muy claras en el nuevo sistema: por un lado se busca modificar el abuso sistemático de la prisión preventiva en el sistema jurídico mexicano estableciendo la obligación legislativa de incorporar un grupo de medidas cautelares que serán de aplicación preferente a la prisión preventiva. Aunque debe dejarse muy claro que el poder reformador de la Constitución mexicana no proscribió el uso de la prisión preventiva sino su abuso, por lo que el uso racional de esta medida cautelar constituye una de las metas más importantes del nuevo sistema.

Por otra parte existe otro problema relacionado con la eficiencia en el otorgamiento de las medidas cautelares al que el poder reformador de la Constitución trato de solventar introduciendo una función jurisdiccional específica en las primeras etapas del nuevo sistema procesal: el juez de control.

En efecto, las funciones de juez de control que deberán ser ejercidas libres de formalismos buscan resolver problemas prácticos de colaboración entre el

Ministerio Público y el Poder Judicial y en buena medida pueden ser perfiladas por la rapidez para resolver cuestiones relativas a los derechos fundamentales de los inculpados y de las víctimas en el proceso penal.

Dada la trascendencia de estas finalidades, en los siguientes párrafos haremos el seguimiento de los argumentos que vertieron durante la tramitación de la reforma en el Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.

### **Los señalamientos sobre el abuso de la prisión preventiva y su necesaria racionalización**

Los razonamientos vertidos en el dictamen del 10 de diciembre de 2007 en la Cámara de Diputados respecto de la prisión preventiva son muy claros e inician por reconocer la magnitud del problema en esta área y no se escatima señalar como el centro del problema en el abuso de la prisión preventiva, constituyendo su imposición una regla y no la excepción.

De igual forma, se hace hincapié en la grave afectación que conlleva su imposición y se hace uso de estudios empíricos para señalar que se aplica en casos de delitos con poca trascendencia social, así el dictamen señala:

Por cuanto hace a las medidas cautelares, la más drástica, es decir la prisión preventiva, suele ser empleada como regla, el mismo muestreo (se refiere al citado en párrafo anterior descrito como “un muestreo representativo del CIDE en las

cárceles de Morelos, DF y el estado de México, en 2006<sup>43</sup>), arroja una cifra alarmante: el 82 por ciento de los procesados lo está por delitos patrimoniales y por montos menores a 5 mil pesos. Ello, además de la evidente afectación que genera al imputado, también se traduce en la afectación de su entorno social más cercano y a la inevitable vulneración de otras importantes garantías.

Que la prisión preventiva por regla general no se aplica en los casos de delitos más graves, sino que la mayoría de los casos en que se impone es en delitos de poca entidad, lo que ya había sido señalado por la doctrina<sup>44</sup>, aunque es de reconocer que el dictamen asuma una posición de crítica sin paliativos al sistema.

En consecuencia, se propone una profunda reforma al sistema y en el nuevo texto constitucional se introducen los principios modernos de las medidas cautelares<sup>45</sup> ya que se establece que la prisión preventiva sólo pueda aplicarse cuando otras medidas cautelares no sean suficientes frente al riesgo existente.

---

<sup>43</sup>En realidad el dictamen se refiere a la segunda de una serie de encuestas sobre este tema que inicia en 2003. Al respecto véase Bergman; Marcelo, *et al.*, *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la tercera encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y en el Estado de México*, México, CIDE, 2009. available at <http://es.scribd.com/doc/28582675/Delincuencia-marginalidad-y-desempeno-institucional>. Fecha de consulta 30 de junio de 2011.

<sup>44</sup>Al respecto véase el magnífico trabajo de Zepeda Lecuona, Guillermo, *Mitos de la prisión preventiva*, México, Open Society, 2004, donde el autor demuestra con toda claridad a través de datos empíricos que es un mito que esta medida cautelar se imponga a los sujetos mas peligrosos.

<sup>45</sup> En su parte relativa el dictamen señala:

“Para los efectos de evitar los excesos cometidos hasta ahora con la prisión preventiva, se acordó establecer el principio de subsidiariedad y excepcionalidad para la procedencia de este instituto. La aplicación de medidas cautelares, las cuales son auténticos actos de molestia, procederá únicamente cuando exista la necesidad de cautela del proceso o de protección de las víctimas. [...]La prisión preventiva sólo procederá cuando ninguna otra medida cautelar sea suficiente para el logro de los propósitos indicados.”

Así, se establece un conjunto de finalidades para su procedencia que van más allá de las meramente procesales<sup>46</sup>:

- Garantizar la comparecencia del imputado en el juicio,
- Garantizar el desarrollo de la investigación,
- Garantizar la protección de la víctima,
- Garantizar la protección de los testigos o,
- Para garantizar la protección de la comunidad,

De igual forma se establece la procedencia de la prisión preventiva en dos supuestos que derivan de los antecedentes del acusado:

- Cuando el imputado esté siendo procesado o,
- Cuando el imputado haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Finalmente el sistema de prisión preventiva en la reforma constitucional abandona el criterio de excepcionalidad al establecer la procedencia de oficio en los casos que involucren la acusación de haber cometido un delito que se encuentre dentro del catálogo que se señala como grave<sup>47</sup>.

Como se ha dicho, es la regulación de las medidas cautelares uno de los ámbitos donde se puede apreciar con toda claridad las tensiones entre las dos finalidades subyacentes al proceso penal: la protección de los derechos de los

---

<sup>46</sup>Véase los debates actuales de la doctrina a los que se hace referencia en el capítulo primero de este trabajo.

<sup>47</sup> Es decir en los supuestos de los delitos 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, en contra del libre desarrollo de la personalidad y en contra de la salud.

acusados y de las víctimas para garantizar un juicio imparcial y la necesidad de buscar la eficiencia en la respuesta estatal a los hechos delictivos.

El poder reformador de la Constitución no escapó a estas tensiones y las refleja ya que, tratándose de la prisión preventiva, en realidad no estableció un único sistema, sino que al contrario, la reforma establece un sistema garantista que aspira a ser de aplicación general junto a la incorporación de elementos del modelo tradicional vigente. En efecto, por un lado el texto constitucional busca regular un sistema a partir de la presunción de inocencia y afronta el problema teórico que implica establecer los supuestos de su aplicación a sujetos cuya responsabilidad penal se está discutiendo, así señala:

Este nuevo diseño es acorde con el principio de presunción de inocencia. Diversos procesalistas clásicos y contemporáneos han hecho notar, con razón, la inevitable antinomia que supone afectar los derechos de las personas sometiéndolas a prisión preventiva, sin que antes se haya derrotado su presunción de inocencia en un juicio en el que se respeten todas las garantías del debido proceso. La antinomia es de por sí insalvable, pero para paliarla en alguna medida se prevé que la procedencia de tales afectaciones sea excepcional.

De esta forma, aunque el legislador no lo dice expresamente establece la necesidad de realizar el examen de proporcionalidad de la aplicación de la medida, junto a la obligación de respetar la garantía de audiencia --que tiene una arraigada tradición en nuestro sistema jurídico--, en este sentido se señala:

Otro de los elementos que se debe tener en cuenta es que las medidas cautelares sean proporcionales, tanto al delito que se imputa, como a la necesidad de

cautela. Los riesgos mencionados con anterioridad admiten graduación y nunca son de todo o nada, dependerán de cada caso concreto. Por ello es que la necesidad de cautela siempre deberá ser evaluada por el ministerio público y justificada por él ante el juez, con la posibilidad de que tanto el imputado como su defensor ejerzan su derecho de contradicción en una audiencia.

Así, si bien se ha mencionado la proporcionalidad el poder reformador incorpora expresamente al sistema jurídico mexicano al segundo de los criterios en que se divide por la doctrina alemana el principio de proporcionalidad en la afectación de los derechos fundamentales: el de indispensabilidad, aunque el dictamen le llama de otra forma –de subsidiariedad-- pero sin variar su contenido, así señala:

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

Sin embargo, junto a esta regulación que es claramente de avanzada, se introduce un sistema paralelo que implica mantener el modelo vigente cuando se trate de delitos cuyo impacto social es elevado:

El propio artículo 19 constitucional establece la posibilidad de que los ordenamientos procesales de las entidades federativas y de la Federación, incorporen una excepción al diseño normativo de las medidas cautelares y de la prisión preventiva recién explicado. Se prevé que el juez aplique prisión preventiva para los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro,

delitos cometidos con medios especialmente violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, si el ministerio público logra acreditar, en audiencia, las condiciones exigidas para vincular a proceso por esos delitos.

Ahora bien, debe reconocerse que aun cuando se trata en esencia de mantener el modelo vigente, el legislador trató de introducir un límite en esta materia al señalar que el catálogo de los delitos graves a los que resultará de aplicación este sistema paralelo debe estar más restringido de lo que está en el sistema tradicional, así señaló:

A la regulación de las medidas cautelares en aquellos casos en los que se trate de delitos graves y de delincuencia organizada se le da un tratamiento diverso. Se pretende evitar que se produzca con el tema de los delitos graves y la delincuencia organizada, lo que hasta ahora ha venido sucediendo, es decir, que sea el legislador ordinario el que en definitiva decida a qué casos se aplica la Constitución y cuáles requieren un tratamiento excepcional por tratarse de delitos graves o delincuencia organizada. Debe apreciarse que se requiere una regulación especial de las medidas cautelares cuando se trate de estos casos, sin embargo, las excepciones tienen que estar previstas en el propio texto constitucional, ya que si se hace un reenvío a la ley, inevitablemente se debilita el principio de supremacía constitucional.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup>De hecho el dictamen es profundamente crítico en este punto reconociendo que ha habido una expansión indebida de este ámbito excepcional de aplicación y se propone que sea el propio texto constitucional el que resulte un límite a esta expansión:

## La introducción del juez de control y su relación con la eficacia en la resolución sobre medidas cautelares

Una de las preocupaciones mas evidentes del poder reformador de la Constitución al regular la materia de medidas cautelares es presentar una propuesta que permita resolver los problemas de coordinación existentes entre el Ministerio Público y el Juez en el momento de solicitar medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación. En este sentido puede reconocerse que frente a este problema de naturaleza institucional, en el que se percibe una desconfianza entre los órganos del estado que impide una adecuada colaboración, se propone una simplificación de las formalidades necesarias para el dictado de la resolución en estas materias<sup>49</sup>. Es evidente que destaca el interés de favorecer, entre estas figuras procesales a las que se hace referencia, el otorgamiento de órdenes de cateo, en tanto al ser tramitado mediante el tradicional procedimiento escrito su tramitación entorpecía las acciones de

---

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

<sup>49</sup>En este sentido el dictamen señala:

“a fin de dar pauta a una regla especial que permita la solicitud de dichas órdenes y su resolución por cualquier medio, dejando siempre registro de las comunicaciones, se propone suprimir la obligación específica de que ese procedimiento sea por escrito”

investigación del ministerio público, con el consecuente riesgo de desaparición, alteración o destrucción de las evidencias buscadas.

Esta simplificación termina de configurar la introducción de la función jurisdiccional de los jueces de control<sup>50</sup> que entre otras cuestiones tendrán a su cargo la atención pronta y expedita de los pedimentos de las citadas medidas cautelares y posibilitará que, ya sea de forma presencial o por medios indirectos, una vez que el ministerio público le formule la petición y el juez le responda de manera inmediata, si es en sentido afirmativo, el agente del Ministerio Público proceda de inmediato a ejecutar la medida, sin perjuicio de que el documento respaldo de la autorización pueda enviarse al mismo tiempo o de forma diferida para constancia. De esta forma en el dictamen se recoge la preocupación por mejorar la colaboración entre los órganos de procuración y administración de justicia:

---

<sup>50</sup>Los jueces de control resultan una de las novedades más importantes del nuevo sistema ya que en nuestra opinión implican un reconocimiento a la capacidad de control difuso de los jueces de primera instancia. Atribución que se encuentra en el artículo 133 de la CPEUM pero que, desafortunadamente, ha venido siendo limitado en la práctica. Sin embargo, aun reconociendo que queda mucho camino por andar, debe señalarse que la tendencia se esta revirtiendo y que la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación –como en la que se origina en la sentencia del Caso Radilla de la CIDH-- ha dictado resoluciones recientes en las que reconoce estas nuevas atribuciones a los jueces. En este sentido la presentación de la función jurisdiccional del juez de control por parte del poder reformador de la Constitución es muy entusiasta:

“Una propuesta de impacto transversal, por estar vinculada a varias modificaciones del artículo 16 de la ley fundamental es el de establecer jueces federales y locales, denominados de control, que se aboquen fundamentalmente a resolver los pedimentos ministeriales de medidas cautelares, providencias precautorias, técnicas de investigación para resolverlos de forma inmediata, para minimizar los riesgos de la demora en la ejecución de la diligencia.”

Conscientes de la realidad compleja que vive nuestro país y particularmente de la rapidez con que varían las circunstancias propicias para la realización de una diligencia de las antes mencionadas, coincide con la preocupación de apoyar el Estado de Derecho y de manera sobresaliente el combate a la delincuencia de alto impacto, por lo que sin perjuicio de la responsabilidad del ministerio público y ahora, con motivo del presente dictamen, que tendrían las policías en la investigación de los delitos, se estima necesario establecer la existencia de jueces de control que se aboquen a resolver las medidas provisionales y demás diligencias que requieran control judicial, en forma acelerada y ágil, sin que ello implique dejar de fundar y motivar concretamente sus resoluciones, que podrán ser comunicadas por cualquier medio fehaciente y contengan los datos requeridos.

En conclusión, podemos aventurar que en la definición del nuevo texto constitucional conviven dos tendencias opuestas que llegando a una solución de consenso introdujeron un nuevo sistema de medidas cautelares aunque manteniendo, en paralelo, el sistema tradicional. Una solución así implica un reto para la adecuada comprensión del nuevo sistema, ya que al conservarse elementos del anterior se fortalece la tendencia de los operadores jurídicos a seguir operando de la misma forma.

### **El texto de la reforma constitucional**

Es posible ubicar con claridad el núcleo de la reforma en lo que se refiere a las medidas cautelares. En efecto, se deben tomar como punto de partida los

párrafos segundo a cuarto del artículo 19 constitucional, ya que en ellos se encuentra delineado el sistema que ya se ha descrito en los epígrafes anteriores.

En efecto, es en el párrafo segundo donde se establecen las finalidades y los principios del nuevo régimen de las medidas cautelares, junto a la regla de prisión oficiosa del régimen anterior. En el párrafo tercero se establece posibilidad de modificar las medidas cautelares en función de la cláusula *rebus sic stantibus* y es en el párrafo cuarto donde se establece que la resolución sobre las medidas cautelares en estricto sentido no es el mismo auto de vinculación al proceso:

“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”.

“La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso”.

“El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado en la forma en que señale la Ley. La

prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad”.

Sin embargo conviene destacar que dado que la regulación constitucional de las medidas cautelares es parte del sistema, resulta de la mayor importancia una plena comprensión de todos los elementos de la reforma del artículo 19, ya que, por ejemplo, la sustitución de cuerpo del delito y probable responsabilidad en la audiencia de vinculación a proceso impacta en las resoluciones sobre las medidas cautelares.

Por esta razón se realiza a continuación un análisis de la reforma al artículo 19 de la CPEUM en lo que se refiere a la vinculación a proceso, destacando los elementos que inciden en materia de medidas cautelares.

### *La Vinculación a proceso en el nuevo modelo.*

La primera de las cuestiones que debe considerarse es la identificación, errónea, desde nuestra perspectiva, del auto de vinculación con los autos de plazo constitucional. Este error es provocado por que el auto de vinculación a proceso ocupa en el nuevo texto constitucional, literalmente, el lugar del auto de plazo constitucional, como puede observarse en la siguiente tabla:

Nuevo texto DOF de 18 de junio de 2008 <sup>51</sup>	Texto constitucional previo a la reforma
Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con <i>un auto de vinculación a proceso</i> en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y	Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con <i>un auto de formal prisión</i> en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y

---

<sup>51</sup>Las cursivas son nuestras

<p>circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba <i>copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva</i>, o de la solicitud de prórroga</p>	<p>circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.</p> <p>...</p> <p>...Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba <i>copia autorizada del auto de formal prisión</i> o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el</p>
---	--

<p>del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.</p> <p>...</p> <p>Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en <i>el auto de vinculación a proceso</i>. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.</p>	<p>plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.</p> <p>...</p> <p>Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en <i>el auto de formal prisión o de sujeción a proceso</i>. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.</p>
--	---

<p>Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.</p>	
---	--

### **Las diferencias esenciales entre la vinculación y el auto de plazo**

La sustitución de términos en el texto reformado ha llevado a que se busque asimilar el contenido y efectos de esta resolución a los del auto de formal prisión (o a los de la sujeción a proceso, en su caso) y señalar que sólo se trata de un simple cambio de los parámetros –estándares, incorrectamente señalan los dictámenes— de prueba, sin embargo, esto no es así por las siguientes razones:

## No tiene el mismo contenido de la decisión

Una de las principales diferencias entre la vinculación a proceso y el auto de formal prisión se derivan del contenido de la decisión, que es diferente en tanto en el auto de vinculación a proceso no se incluye *strictu sensu* la decisión sobre medidas cautelares, como se detalla a continuación:

### *Continuación del proceso penal*

El “auto de vinculación a proceso” no equivale al auto de formal prisión cuando se observa que el auto de formal prisión implica la decisión, basada en los méritos del caso – es decir, en la prueba sobre el fondo presentada por el MP— de continuar, o no, con el proceso pasando a otra etapa procesal. Con esta decisión se concluye la etapa de preinstrucción para dar inicio a la etapa de instrucción.

Consecuencia directa y automática de esta primera decisión –continuar con el proceso-- se deriva la prisión preventiva cuando el delito de que se trate lleve aparejada la pena privativa de libertad. De esta manera, en la mayor parte de los delitos, el auto de plazo constitucional implica una decisión con dos efectos: primero, continuar con el proceso y, segundo, prisión preventiva.

En el nuevo sistema procesal penal acusatorio, en cambio, el auto de vinculación es, en estricto sentido, la decisión judicial de continuar con la etapa de investigación en su parte formalizada. Es decir, el juez autoriza continuar con el proceso, pero esta decisión no implica una segunda consecuencia; únicamente

implica la autorización de la continuación de la investigación para su conclusión, pero ahora dentro del proceso penal, con lo cual se trata de la misma investigación pero ahora “judicializada” es decir, con una relación establecida con un juzgado penal, sin que ello implique más que una labor de supervisión, únicamente en lo que se refiere a la restricción de derechos fundamentales.

En efecto, que la investigación se formalice --o se judicialice, como se prefiera-- implica principalmente dos efectos: existirá pleno acceso a la información de la investigación por parte de imputado (salvo los supuestos de reserva de la investigación) lo que implica un fortalecimiento en la práctica del derecho a la defensa y, en segundo lugar, que la investigación no podrá continuar indefinidamente, en otras palabras, que tendrá un límite temporal, en función del cual se definirá el momento en el que se deberá ejercer la acción penal, o en su defecto, su extinción.

#### *Decisión sobre la prisión preventiva*

Por lo que se refiere a prisión preventiva, en el sistema acusatorio esta decisión se separa de la decisión de vinculación y se lleva a un momento procesal diferenciado.

La intención de la reforma constitucional es que se establezca como regla general que las medidas cautelares sean una decisión del juez en función de las circunstancias personales del indiciado, en relación a la víctima o a la comunidad

– pero no de la prueba del hecho delictivo—<sup>52</sup>. En otras palabras, la decisión sobre la procedencia de una medida precautoria tiene un fundamento diferente a los hechos que conforman la *litis* del proceso. La excepción la contempla el propio texto constitucional estableciendo un listado de delitos en los que la prisión preventiva procede de oficio.

De esta forma, las medidas cautelares, en estricto sentido, no son contenido de la decisión de la vinculación a proceso, puesto que la imposición de estas corresponde a otra decisión --distinta en el tiempo y diferente en los supuestos que la fundamentan-- y el auto de vinculación sólo la justifica. En otras palabras, la decisión sobre prisión preventiva no es parte de la decisión de vinculación.

#### **Distinción derivada de la ubicación sistemática. En el diseño del sistema procesal acusatorio no existe una audiencia de control judicial de la investigación**

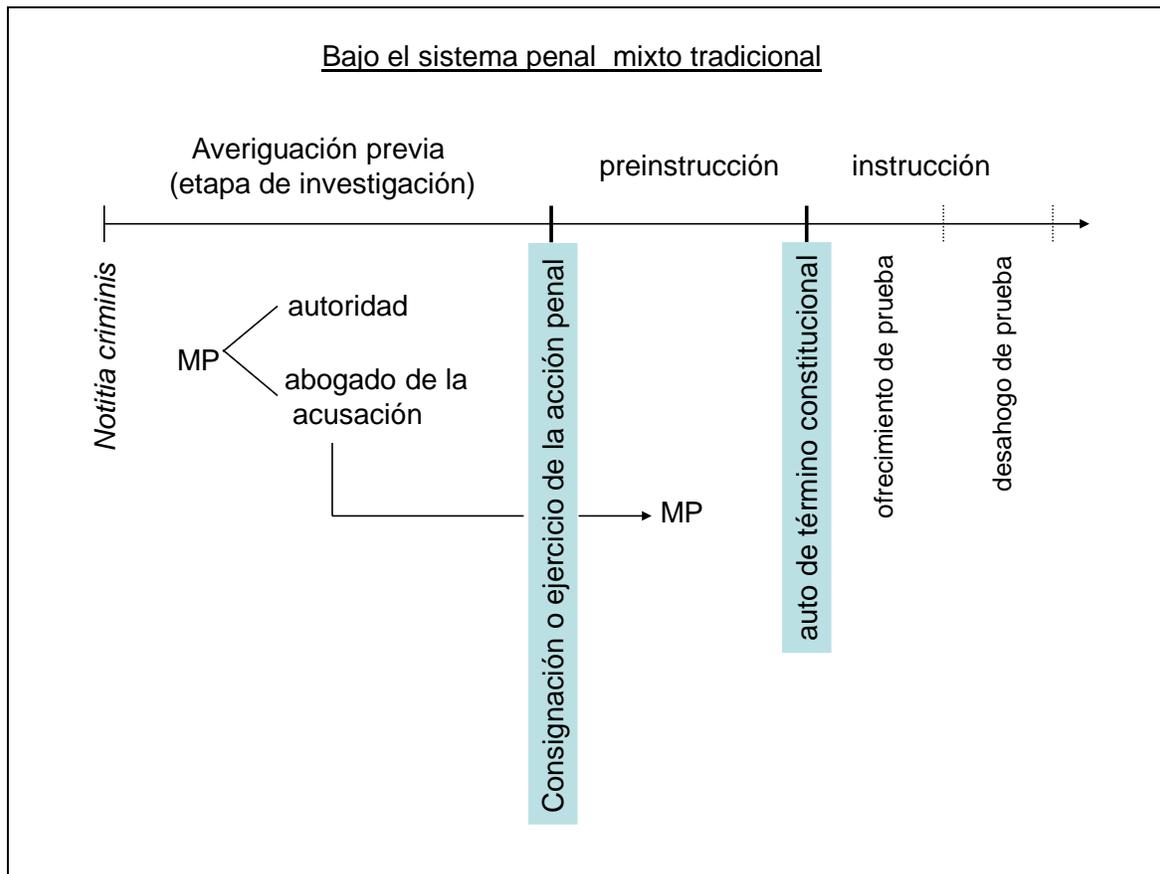
De lo señalado hasta este punto, es evidente que el momento procesal en que se dicta un auto de vinculación a proceso frente al que se dicta un auto de formal prisión no es equivalente. La formal prisión resuelve la situación jurídica del imputado, cierra la pre-instrucción --que en el sistema mixto tradicional cumple la

---

<sup>52</sup> Párrafo segundo del 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.

función de la etapa intermedia—y da paso a la etapa de instrucción en donde, fundamentalmente, se ofrecerá y desahogará la prueba de la defensa.



La vinculación a proceso, mientras tanto, doctrinariamente se encuentra dentro de la etapa de investigación y su efecto más evidente será convertir a la investigación inicial en una investigación formalizada –judicializada–. En el sistema acusatorio latinoamericano, la figura procesal que más se acerca a la vinculación a proceso y que puede decirse que inspira su inclusión en los procesos acusatorios mexicanos es la formalización de la investigación o de la

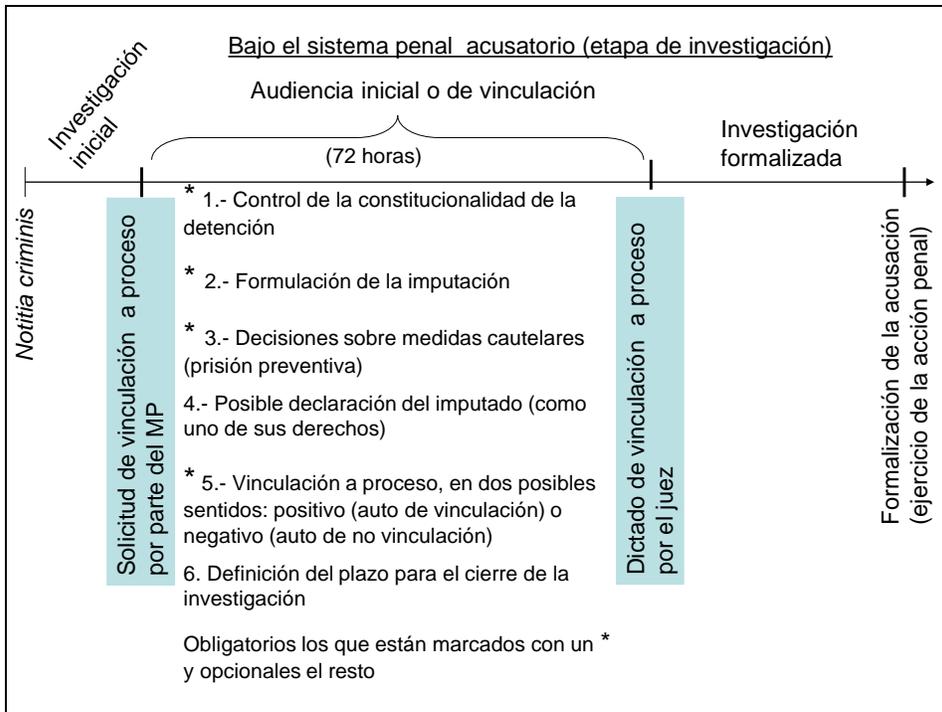
imputación, acto procesal del Ministerio Público que divide en dos partes a la investigación, sin embargo, su naturaleza no es la de una audiencia de control de la investigación sino que se trata de la notificación de la existencia de la investigación policial<sup>53</sup>.

En efecto, debe subrayarse que el origen de la confusión se encuentra en los primeros Códigos Procesales previos a la reforma en donde la formalización de la imputación chilena –cuya naturaleza jurídica es de notificación— se equiparó a la consignación del proceso mixto tradicional mexicano –que en esencia implica el ejercicio de la acción penal—. Esta confusión ha sido agravada por la sustitución de términos en el texto de la reforma constitucional.

---

<sup>53</sup> Esto puede observarse en el contenido de los artículos 229 de Chile y del Código de Chihuahua: CPP Chile Artículo 229.- Concepto de la formalización de la investigación. La formalización de la investigación es la *comunicación* que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que *desarrolla actualmente una investigación* en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

CPP Chihuahua Artículo 274. Concepto de formulación de la imputación. La formulación de la imputación es la *comunicación* que el Ministerio Público efectúa al imputado, en presencia del Juez, de que *desarrolla una investigación en su contra* respecto de uno o más hechos determinados



Debe señalarse que el establecimiento de la vinculación a proceso se debe a la necesidad de los códigos acusatorios de Oaxaca y Chihuahua de cumplir con los requerimientos constitucionales de establecer un auto de plazo constitucional de acuerdo al texto de la Carta de 1917 vigente en 2006. Esto puede apreciarse en dos hechos: el primero es que en el código oaxaqueño se mantiene el nombre de sujeción a proceso para el mismo acto que en Chihuahua se denomina vinculación, el segundo hecho, es que en los códigos latinoamericanos no existe una vinculación formal, diferente a la formalización de la imputación –o de la investigación--.

De lo anterior se puede afirmar que con la reforma de 2008 podría haberse modificado profundamente la vinculación, sin embargo, el constituyente optó por

mantener un control judicial de la investigación aunque modificando los parámetros probatorios. En este sentido, las características de la vinculación a proceso, derivadas del injerto de esta institución en el texto constitucional anterior --que regulaba un proceso mixto-- establecen una nueva figura procesal que será propia y exclusiva del proceso penal mexicano. Dicho en otras palabras, la continuación de esta investigación requiere que no sólo sea presentada una solicitud sino que esta sea acompañada de datos de prueba que la sustenten.

### **Parámetros probatorios distintos que requieren una valoración probatoria fundada en el método de la sana crítica**

Como se ha señalado, el auto de plazo constitucional y el de vinculación a proceso son dictados en momentos procesales distintos, con un contenido de la decisión diferente, lo que tiene como efecto otra importante divergencia: se requiere un nivel de certeza distinto para cada una de estas resoluciones.

En efecto, la lógica de cada momento procesal lleva a que el nivel de convicción necesario sea diferente ya que en el caso del auto de formal prisión se trata de evaluar el contenido del ejercicio de la acción penal, para definir el paso a una etapa procesal diferente en la que se ofrecerán y desahogarán las pruebas lo que, además, implica privación de la libertad al imputado. Por esta razón, los parámetros probatorios que se requieren son elevados; y resulta lógico que ante la importancia de la afectación se exija que el Ministerio Público demuestre fehacientemente los hechos que conforman la base de su acción.

Esta situación ha sido criticada en los dictámenes a la reforma constitucional señalando “que el excesivo estándar probatorio que hasta ahora se utiliza, genera el efecto de que en el plazo de término constitucional se realice un procedimiento que culmina con un auto que prácticamente es una sentencia condenatoria<sup>54</sup>”

Sólo desde esta perspectiva se podría justificar que, partiendo de las diferencias señaladas, para el dictado del auto de vinculación los parámetros probatorios disminuyan. En efecto, si se considera que la vinculación a proceso se trata de un control a la investigación en curso, no sería razonable exigir un parámetro probatorio tan elevado como el que actualmente debe cumplir el auto de término constitucional, sino que las exigencias probatorias pueden ser más flexibles, cercanas al del concepto de causa probable norteamericano, o la sospecha vehemente del proceso penal alemán.

De lo señalado hasta este punto, es evidente que una de las finalidades expresas de la reforma es desaparecer el equivalente al “mini-juicio” que implica al día de hoy la pre-instrucción, con fundamento en las críticas del proceso penal que señalan que al día de hoy, tan altos parámetros probatorios han hecho de la averiguación previa la etapa que tiene más importancia en la resolución del proceso. El reto que implica la regulación de esta importante modificación constitucional debe abordarse desde una visión sistemática de toda la reforma, en la que el fortalecimiento del arbitrio judicial en la valoración de la prueba juega un papel de especial relevancia.

---

<sup>54</sup> Dictamen de las Comisiones en la Cámara de Diputados de 10 de diciembre de 2007.

Así pues, la disminución de los parámetros probatorios sólo puede considerarse viables en la medida que sean correlativos del fortalecimiento del arbitrio judicial. Así, la supresión del sistema de prueba tasada adquiere mayor relevancia como uno de los principios básicos del nuevo sistema acusatorio en tanto otorga la libertad al juez para valorar la prueba y sólo estará limitada por las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.

### **La prueba en materia de medidas cautelares**

En lo que se refiere a esta materia resulta interesante señalar que derivado del texto constitucional, durante la audiencia inicial o de vinculación del proceso existirá un momento procesal para discutir la procedencia de imposición de las medidas cautelares. Este momento procesal puede variar en función de la decisión del acusado de acogerse al uso de las 72 horas del plazo constitucional, de su duplicación para llegar a las 144 horas o, en caso contrario de su renuncia, por esta razón el momento procesal puede no ser el mismo en todos los casos, sin embargo, por lo que se refiere a esta decisión debe señalarse que debe dividirse en dos supuestos.

Cuando se trate de los delitos que no son considerados como graves, debe señalarse que la discusión se centrará en la necesidad y adecuación de la medida cautelar, en otras palabras, se tratará de discutir sobre la existencia y relevancia de los presupuestos que se han señalado. Así se tratará de señalar los indicios

que establezcan un juicio hipotético positivo de la existencia de responsabilidad penal, que es el equivalente al *fumusboni iuris* en este ámbito penal y en segundo lugar, los indicios que establezcan la existencia del riesgo en la demora.

Mientras que por lo que se refiere al primero de los presupuestos los indicios son los mismos o coinciden en su mayoría con los datos de prueba que se presentan para obtener la vinculación a proceso, en lo que se refiere al *periculum* los datos de prueba no se encuentran relacionados directamente con los hechos base de la imputación sino que están dirigidos a establecer las condiciones personales del acusado que justifican la imposición de determinada pena.

En otras palabras, en materia de la discusión sobre la existencia de un *periculum* y por tanto de la procedencia de las medidas cautelares, no se discute tanto sobre el hecho sino sobre quien es la persona a quien se acusa. Es evidente que existirán matices dependiendo de cuál es el riesgo que se trata de conjurar con la imposición de la medida cautelar en concreto pero siempre es una discusión centrada en las características personales del acusado. Por ejemplo, para calcular el riesgo de fuga no sólo incidirá la gravedad de la sanción que conlleva la acusación sino elementos como el arraigo en la comunidad o la existencia de responsabilidades familiares o laborales del imputado que hagan más o menos probable que se intente evadir la acción de la justicia.

Sin embargo, todo lo que se ha señalado sólo es de aplicación para uno de los dos regímenes que establece la reforma constitucional. En el caso de los delitos graves, el contenido probatorio para la obtención de una medida cautelar –

la más restrictiva—corresponde a los elementos de la acusación y no a las características del sujeto imputado. Es decir, deja de ser relevante la existencia de un *periculum* fundado en la persona imputada para depender del conjunto de datos de prueba dirigidos a obtener la vinculación a proceso, ya que de proceder ésta corresponde el dictado de la prisión preventiva.

Excursus: el error de afirmar la reducción o desaparición de la garantía individual a la libertad bajo caución

Una de las críticas más reiteradas y que mas claramente evidencian la falta de comprensión del nuevo sistema de medidas cautelares es la que señala la “desaparición” o “perdida” de la garantía individual de la libertad bajo caución.

Esta afirmación, que sólo puede estar fundada en la ausencia de conocimiento de la nueva regulación –o en la mala fe-- no tiene sustento y, al contrario de lo que se sostiene, el nuevo sistema amplía el derechos del acusado a mantener su libertad durante el proceso.

De hecho, en el sistema mixto tradicional vigente, lo que ahora pomposamente se denomina garantía individual no implica más que una regla de sustitución de la prisión preventiva –que se otorga en automático como consecuencia de que en la regulación penal sustantiva el delito tenga pena

privativa de la libertad—por otra medida cautelar que es la presentación de una garantía económica o “caución”.

Como se ha señalado la intención del nuevo modelo de medidas cautelares es disminuir el abuso de la imposición de la prisión preventiva para llegar a un uso razonable de ella. Para ello se introduce en el ya analizado párrafo segundo del nuevo texto constitucional los principios de excepcionalidad y proporcionalidad de las medidas cautelares por lo que, en estricto sentido, se hace innecesario mantener en el texto constitucional la posibilidad de sustitución de la prisión preventiva con un tipo específico de medida cautelar, cuando la intención del poder reformador de la Constitución es que exista un amplio catálogo de medidas cautelares que sean de aplicación preferente a la prisión preventiva.

Como se puede apreciar en el capítulo IV de este trabajo, en el nuevo sistema procesal penal acusatorio, la prisión preventiva constituye la última ratio de aplicación cuando el resto de medidas cautelares sean consideradas, de forma fundada y motivada, insuficientes para proteger a los bienes jurídicos constitucionalmente establecidos del riesgo de esperar a la hipotética resolución final del proceso.

Finalmente, debe señalarse que ni aun en los casos de los delitos que la constitución determina como graves y frente a los cuales la prisión preventiva es declarada de oficio se puede señalar que exista una “pérdida” o reducción de las garantías puesto que, si se revisa con detenimiento el catálogo de estos delitos, son supuestos, que en el sistema mixto tradicional vigente, calificados como

graves por lo que, de acuerdo con las reglas de este sistema, no es procedente la libertad bajo caución.

Así pues, en términos reales, aun con la tendencia a ampliar el catálogo de delitos graves, puede afirmarse que existe una ampliación de las garantías individuales en materia de medidas cautelares.



## Capítulo IV. Las medidas cautelares en los nuevos códigos mexicanos

### **Delimitación de los códigos a analizar.**

El presente capítulo, dirigido a hacer un análisis descriptivo de la forma en que los códigos mexicanos regulan el nuevo sistema de medidas cautelares, sigue un desarrollo en el que, reflejando la realidad actual entre el proceso federal y el del fuero común, se distingue la regulación que corresponde al ámbito de las entidades de la federación y el que corresponde al ámbito Federal. Para ello se hace un seguimiento detallado de dos códigos: el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para las entidades de la Federación que fue auspiciado por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de las Entidades de la Federación (en adelante CMConatrib) a través del Fondo Jurica --aunque también se realizarán referencias a otros ordenamientos locales—y el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales (en adelante PCFPP) que, elaborado bajo la coordinación de SETEC, fue presentado como iniciativa con proyecto de decreto por el Presidente de la República, Lic. Felipe Calderón Hinojosa.

El CMConatrib fue desarrollado como una iniciativa de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de las Entidades de la Federación (en adelante CONATRIB). Esta asociación, que integra a todos los poderes judiciales locales de la federación mexicana, tomando como premisa la importancia del proceso penal

en los Estados de la Federación, así como la obligación de establecer un nuevo sistema penal acusatorio en las entidades, asumió su liderazgo natural que la lleva a ser un foro natural de análisis y discusión de los temas que afectan a la Justicia y promovió la elaboración de un Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación con un conjunto de objetivos entre los que destacan:

- El optimizar los esfuerzos de los Estados en concretar la reforma.
- Unificar criterios y evitar la dispersión en la implementación (basta considerar como la reforma que establece un sistema integral de justicia para adolescentes ha producido múltiples y divergentes sistemas), y;
- Romper la inercia de creación de normas sin contar con la opinión de las instituciones que serán sus aplicadores.

Este código fue aprobado en la Ciudad de Morelia, Michoacán en la reunión nacional de CONATrib en septiembre de 2008 y se realizó una edición que se distribuyó a nivel nacional. Este código ha servido de punto de partida para la elaboración de múltiples proyectos en el ámbito de los estados y fue redactado siguiendo los desarrollos legislativos de las entidades pioneras en la reforma como Nuevo León, Chihuahua, Oaxaca y Zacatecas. Por esta razón se considera que puede ser un buen punto de referencia en lo que hace a las legislaciones locales.

Por lo que se refiere al Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal instruyó a la Secretaría Técnica para que, en el marco de sus atribuciones, comenzara los trabajos para la elaboración de dicho Proyecto, en el

que se estableciera las reglas del nuevo sistema de justicia penal acusatorio, con base a los nuevos principios establecidos en nuestra Constitución.

Este proyecto, además de servir como iniciativa tal en el orden federal, se pensó como un modelo de referencia para las entidades federativas y un manual para el diseño de la capacitación y la infraestructura dentro de la Secretaría Técnica. Por lo que desde el año 2009, se trabajó para sentar las bases del mismo.

La propuesta partió de la identificación y análisis de las buenas prácticas y resultados de las legislaciones ya existentes en la materia, particularmente en aquellas entidades federativas que ya contaban con el sistema acusatorio implementado; de los proyectos legislativos expuestos por organizaciones académicas y de los existentes en el Congreso de la Unión; así como de experiencias exitosas a nivel internacional, especialmente la de los países latinoamericanos que desde hace años implementaron el sistema de corte acusatorio en sus legislaciones.

Posteriormente, durante 2010, se empezó con una labor de sensibilización a diversas instancias federales acerca del proyecto, a fin de que lo conocieran y en su oportunidad, formularan observaciones. Así, se instaló formalmente la mesa de trabajo interinstitucional, coordinada por la Secretaría Técnica en la que participaron activamente la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, la Secretaría de Gobernación, la Procuraduría General de la República y la Secretaría de Seguridad Pública, concluyéndose en el mes de junio de ese mismo año, con un primer proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, que recogía la diversidad de observaciones, opiniones y acuerdos de dichas instancias y, naturalmente, de la Secretaría Técnica.

Ese producto fue presentado ante el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal en la sesión celebrada el 26 de julio

de 2010 y fue puesto a la consideración de sus integrantes para que formularan sus observaciones.

Durante los meses de septiembre a noviembre de 2010, se solventaron tales observaciones, entre las que destacaron las de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Instituto Nacional de Ciencias Penales y las del sector académico. El proyecto fue aprobado en la sesión del 9 de diciembre de 2010 por el Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal, quién acordó remitirlo a la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal para que realizará la exposición de motivos, el régimen transitorio y demás aspectos necesarios para que pudiera ser presentado como iniciativa de Ley ante el Congreso de la Unión.

Finalmente, el Proyecto fue enviado como iniciativa con proyecto de decreto al Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos por el Presidente de la República el jueves 22 de septiembre de 2011. Este PCFPP, se inscribe al que ya puede ser señalado como el modelo mexicano de proceso penal acusatorio y representa un avance, en términos generales, dentro de la evolución de la legislación procesal penal posterior a la reforma.

Conviene abundar sobre este punto: la evolución de los ordenamientos nacionales se inició con los proyectos estatales del 2006 y, con posterioridad a la mencionada reforma constitucional de 18 de junio de 2008, podemos decir que ha establecido un modelo mexicano con un perfil característico.

En efecto, los nuevos códigos mexicanos se han desarrollado a partir de los trabajos de redacción de los Códigos Procesales Penales de fundamento acusatorio que se realizaron en los estados de Oaxaca y de Chihuahua en el

periodo de 2005-2006 y que llevaron a iniciar las primeras etapas de implementación de la reforma tanto en el Distrito Judicial Morelos de la Ciudad de Chihuahua, como en la región del Istmo de Tehuantepec en Oaxaca, ambos casos durante el año de 2007.

Los trabajos para la elaboración de los proyectos de Códigos se iniciaron con base en el denominado Proyecto Tipo que consistía en una recopilación y selección de las mejores prácticas y desarrollos legislativos de América Latina. Así pues, los primeros ordenamientos mexicanos recogen la experiencia derivada de los procesos de reforma a los sistemas de justicia penal en Centro y Sudamérica. Por ello se encuentra en estas primeras legislaciones –y con mucha claridad– la influencia de los códigos procesales penales de Costa Rica y Chile de los que, en algunos casos, se puede reconocer la transcripción directa de artículos.

Así pues, la reforma procesal penal en los estados de la Federación encuentra su inspiración inicial en la experiencia de la reforma en América Latina. Proceso que abarca más de dos décadas y que ha tenido resultados dispares. Sin embargo, debe señalarse que han existido dos factores que han modulado sus contenidos y los han modificado para definir lo que se puede llamar una reforma de características propias: una reforma mexicana. Estos dos factores son por un lado las modalidades y matices que implica el texto de la reforma constitucional –que es posterior a los códigos de Oaxaca y Chihuahua—y por otra parte, la práctica cotidiana en una realidad social marcada por los retos que implica la delincuencia organizada han llevado, también, a establecer modulaciones y matices a los postulados originales de la reforma.

En efecto, debe tenerse en cuenta que los nuevos ordenamientos mexicanos, que se han desarrollado en los estados de la Federación, implican transformar profundamente el sistema de justicia penal en México. Se busca pasar de un modelo procesal que formalmente puede ser caracterizado como mixto –pero que materialmente adquiere matices inquisitivos derivado de la influencia de su etapa de investigación administrativa en el resultado del proceso— a un sistema procesal penal acusatorio y oral basado en los principios de inmediación, contradicción, publicidad y concentración. La finalidad de estos nuevos códigos fue regular un proceso penal moderno, que busca que la respuesta ante los hechos delictivos sea eficaz, dentro de un pleno respeto a los derechos fundamentales, como corresponde al estándar de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el diseño procesal incorporado a las legislaciones mexicanas no puede considerarse un sistema acusatorio puro, ya que se han incorporado modificaciones a este sistema procesal en la modulaciones establecidas en la propia reforma de 2008 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Caso paradigmático de estas modulaciones es la excepción a la plena vigencia de la presunción de inocencia en los casos del catálogo de delitos que de acuerdo con el mismo texto constitucional conllevan la prisión preventiva dictada por el juez, en la audiencia inicial y establecida de oficio.

Ahora bien, puede afirmarse que existe un hilo conductor que relaciona el modelo procesal en los nuevos Códigos de los Estados mexicanos que hasta esta fecha

han implementado la reforma. Desde los inicios señalados en Oaxaca y Chihuahua hasta los actuales proyectos en desarrollo.

De igual manera, resulta evidente que este esquema es recogido por el proyecto federal por lo que, a pesar de la existencia de tensiones conceptuales intrínsecas que en este proyecto no se han resuelto, en términos generales puede afirmarse que el PCFPP asimila el conjunto de bases teóricas, conceptuales y estructurales que las legislaciones estatales han desarrollado. Así por ejemplo, en su Título V, del Libro Segundo, el PCFPP asume la división conceptual entre: medio de prueba, dato de prueba y prueba *strictu sensu* que las entidades de la Federación han desarrollado y que se propuso en el ya citado CMConatib.

Como los códigos de las entidades federativas que le anteceden, el PCFPP representa un esfuerzo por conciliar dos necesidades que se encuentran en tensión: por un lado se busca establecer los medios de un combate eficiente a la delincuencia, pero por otro lado, se busca que también que la reacción estatal frente al hecho *prima facie* delictivo se realice en un contexto de respeto a los derechos fundamentales de los inculcados y –como auténtica novedad en la experiencia mexicana— en especial de las víctimas u ofendidos del delito; de los que el proceso penal busca ser también un instrumento para su garantía.

El PCFPP, en tanto una nueva generación en la familia de códigos acusatorios mexicanos, presenta un claro adelanto respecto de los ordenamientos que lo preceden.

En especial debe destacarse el desarrollo de reglas para la etapa de investigación preliminar y, sobre todo, la nueva regulación que establece con mayor claridad y de manera más sencilla de la audiencia preliminar en la que se llevara a cabo la vinculación a proceso.

No obstante, en términos generales, el hecho que el PCFPP haya asumido las mejores prácticas, ya probadas en la realidad mexicana, de las legislaciones existentes en las entidades federativas es un elemento muy positivo para el desarrollo de la implementación de la reforma en México, pues, en lugar de implicar rupturas o fricciones, que se mantenga en el modelo puede considerarse como un respaldo del Órgano de Implementación Nacional a los procesos de reforma que se han venido desarrollando en los estados.

Un elemento que debe ser reconocido en el PCFPP es que, al recoger las mejores prácticas de los primeros años de la reforma, resulta un ordenamiento conceptualmente más depurado elaborado por un legislador que reconoce la importancia de un adecuado desarrollo teórico en la legislación.

Al respecto, antes de entrar en el análisis de la nueva legislación en materia de medidas cautelares conviene señalar que la trillada contraposición<sup>55</sup> entre *teoría* y

---

<sup>55</sup> Sobre este punto debe leerse el agudo ensayo *Tres tópicos falsos sobre el derecho y un colofón para juristas* del Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid, Andrés de la Oliva, cuya tesis medular seguimos en nuestro planteamiento: “Por encima de su aparente ingenio y más allá de su posible intención irónica o cínica, el celebrado dicho “*no hay nada más práctico que una buena teoría*” encierra una afirmación de elemental conformidad con la naturaleza de las cosas.” cfr. De la Oliva Santos, Andrés, “Tres tópicos falsos sobre el derecho y un colofón para juristas”, en *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, Número 4 Julio-Diciembre, Año 2004, pp. 73-80. Puede consultarse en internet en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/4/pjn/pjn6.pdf> . fecha de consulta 30 de junio de 2011.

*práctica*, aplicada al Derecho, que se ha difundido en grandes espacios del mundo de las profesiones jurídicas, es profundamente errónea y distorsiona el trabajo jurídico. Cuando se reflexiona sobre este punto, para empezar debe reconocerse que no se conocen seres humanos con práctica que no responda a alguna teoría, y esto es especialmente claro en el ámbito de la práctica de Derecho Penal en México en que la argumentación --sobre la determinación de la existencia de un Delito-- siempre se va a encontrar sustentada en alguna de las corrientes doctrinales predominantes en este ámbito, a saber: finalismo, causalismo o funcionalismo. Por lo que, como diría el profesor Andrés de la Oliva, en el ámbito del Derecho Penal, para ser muy práctico y enemigo de la teoría hay que convertirse en un “mono con pantalones”.

Así pues, si reflexionamos que el saber o la teoría jurídicos son, por esencia, un saber o una teoría *sobre* y *para* la vida humana en cuanto necesitada de orden y justicia, la teoría jurídica (la buena teoría, diría De la Oliva) se ha de nutrir de la realidad humana, de la práctica. Y, a su vez, la única práctica jurídica que puede ser razonable —y, por tanto, a la vez humana y jurídica—, es la que se apoya en una buena teoría.

Aunado a lo anterior, la claridad en la utilización de conceptos permite resolver adecuadamente problemas que resultan de la aplicación de las normas, así, por ejemplo, a mejor definición conceptual sobre las medidas cautelares permitirá resolver cuestiones de aplicación con mayor claridad y rapidez.

## La regulación de las medidas cautelares en la legislación mexicana

Como se ha señalado los códigos que se comentan forman parte de un mismo modelo de proceso penal, por esta razón existen muchos elementos comunes a ambos desarrollos legislativos, sin embargo, aun cuando existe gran similitud en la redacción de varios preceptos, puede afirmarse que la organización del título relativo a las Medidas Cautelares en el PCFPP representa un avance respecto del CMConatrib.

En efecto, puede apreciarse que en el PCFPP la distribución y los contenidos que integran el título relativo a las medidas cautelares han sido depurados, delimitando con mayor claridad los contenidos de esta materia. Así, por ejemplo, se han reubicado los preceptos relativos a la flagrancia y caso urgente y se presenta una lista completa de las medidas cautelares en la parte inicial. Podría cuestionarse que no se distingue entre las medidas cautelares personales y reales, pero considerando que en la práctica no es muy común la utilización de las medidas de carácter real, en realidad resulta más práctico simplemente incluir el embargo de bienes en la lista general de cautelares<sup>56</sup>.

Dentro de los elementos en común en las legislaciones mexicanas –proyecto federal y locales-- puede señalarse que las medidas cautelares se conciben como resoluciones judiciales dirigidas contra el imputado para asegurar la presencia del

---

<sup>56</sup> Con todo la existencia de una responsabilidad civil dentro del proceso penal es uno de los grandes pendientes de desarrollo del proceso penal mexicano, que incluso sigue manteniendo una discusión sobre la naturaleza civil de la reparación del daño.

imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido, evitar la obstaculización del procedimiento o asegurar el pago de la reparación del daño.

Así puede señalarse que la legislación incorpora como finalidades de la medida tres de los supuestos que tienen la menor cantidad de cuestionamientos doctrinales. Se incluye en la regulación legal la finalidad de asegurar el pago de la reparación del daño, lo que a todas luces representa un acierto. Esta finalidad no se menciona en el artículo 19 de la CPEUM, lo cual podría justificarse al considerar que el poder reformador de la constitución buscaba limitar la procedencia de la prisión preventiva por lo que no consideró la posibilidad de las cautelares reales.

Por otra parte, resulta interesante constatar que, a diferencia de la incorporación de la garantía de la reparación del daño, no se incluyen todos los supuestos que el párrafo segundo del texto constitucional regula; destaca la ausencia del supuesto de protección de la comunidad ya que puede considerarse como la introducción del riesgo de reiteración delictiva al ordenamiento mexicano.

Ahora bien, es probable que no se mencione en la parte general debido a que estos supuestos del artículo 19 de la CPEUM regulan expresamente la prisión preventiva, sin embargo, debe considerarse que, por una parte las medidas cautelares constituyen el género y la prisión preventiva es la especie y, en segundo término, se señala la procedencia de la prisión preventiva cuando las otras medidas cautelares no sean suficientes, en este sentido podría

argumentarse que para que la prisión preventiva sea subsidiaria, en teoría, todas las demás medidas cautelares son de aplicación.

De igual forma, se omiten mencionar en esta parte general<sup>57</sup> los otros supuestos de procedencia de la prisión preventiva: cuando el sujeto imputado este sujeto a otro proceso penal o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. En este caso podrían señalarse dos tipos de riesgos hipotético que se pretenden conjurar con la adopción de la cautelar, por una parte se puede hablar del riesgo de fuga y por otra parte estamos hablando del de reiteración delictiva. Dado que las dos posibilidades encuentran sustento constitucional el desarrollo legislativo debería también darles acomodo.

Sin embargo, debemos señalar que, tan importante como subsanar esta omisión, es la vinculación de estos supuestos de procedencia con el principio de proporcionalidad para incorporar criterios de racionalidad en su aplicación.

### **El principio de proporcionalidad en la imposición de las medidas cautelares**

En este sentido los códigos establecen la obligación para los jueces de aplicar el principio de proporcionalidad por lo cual, siguiendo lo que se plantea en el capítulo anterior el juez deberá asegurarse, en primer lugar, de la idoneidad de la medida

---

<sup>57</sup> Si bien es cierto no se mencionan en la parte general estos supuestos en la iniciativa del Presidente Calderón, sí se mencionan en el artículo 261 que se encuentra dentro del capítulo específico de la prisión preventiva

cautelar, es decir, la relación entre la restricción del derecho que se propone y la obtención del fin que se puede lograr.

En segundo término, se habla de la subsidiariedad (indispensabilidad en otras traducciones ya citadas de este principio) de la medida cautelar atendiendo a la medida que afecte en menor medida la libertad del imputado, y,

3) Proporcionalidad estricta de la medida cautelar: atendiendo a la valoración de los beneficios que conllevaría la medida impuesta según el fin procesal de la misma y su congruencia como excepción del principio de inocencia para que la restricción de la libertad personal que ha de ser afectada con la misma medida resulte mínima y viable.

Por otra parte, resulta de importancia para los fines de la reforma constitucional que se señala, en el último párrafo del artículo 248 de la iniciativa del Presidente Calderón, que en ningún caso la medida cautelar podrá ser usada como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada.

En lo que se refiere a la duración de las medidas puede afirmarse en términos generales que siempre tendrán una duración temporal definida. La regla general es que su duración no podrá ser mayor a seis meses, con la posibilidad de prorrogarse por períodos iguales, siempre que exista solicitud de parte que establezca que se mantienen las razones que la justificaron. Sin embargo debe señalarse que la prisión preventiva tiene definidos su periodo máximo de duración en el texto constitucional: dos años, salvo que sea por causas imputables al ejercicio del derecho a la defensa.

En todo caso, la duración temporal de una medida cautelar no podrá exceder de la duración del proceso --como corresponde a su instrumentalidad y su naturaleza de relación jurídica a término, en los términos señalado por Calamandrei<sup>58</sup>-- o del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso.

## Tramitación

Ahora bien, la tramitación de las medidas cautelares implica que siempre deben ser resueltas en audiencia con presencia de las partes. Para ello el Ministerio Público o la víctima u ofendido, deberán presentar una solicitud fundada y motivada. En la audiencia, una vez escuchadas a las partes, el juez tiene un ámbito de discrecionalidad para imponer una de las medidas cautelares previstas en este Código o combinar varias de ellas, incluso para imponer una medida diferente a la solicitada, siempre que no sea más grave.

Frente a la regla extendida en la mayoría de los Códigos mexicanos de que la prisión preventiva no podrá combinarse con otras medidas cautelares cabría distinguir entre las cautelares personales y las reales puesto que es factible un supuesto en que junto a la prisión preventiva se requiera plantear un embargo precautorio para asegurar la reparación del daño.

Los requisitos formales para resolución que imponga medidas cautelares establecen que deberán señalarse:

---

<sup>58</sup> Véase el capítulo I del presente trabajo.

- Los datos personales y de identificación del imputado;
- La enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen y su clasificación jurídica, aunque esta puede ser modificada posteriormente;
- La indicación de la medida y las razones por las cuales el juez estima que los presupuestos que la motivan concurren en el caso;
- Los lineamientos para la aplicación de la medida, y
- La fecha en que vence el plazo de vigencia de la medida.

Frente a estas resoluciones procede el recurso de apelación, sin que pueda otorgarse un efecto suspensivo a este recurso

Por otra parte, como efecto de la cláusula *rebus sic stantibus*, inherente a la resolución con que son dictadas, todas las medidas son revisables cuando, de manera objetiva, las condiciones que justificaron la imposición de una medida cautelar hayan variado.

En estos supuestos, las partes podrán solicitar al juez, la revocación, sustitución o modificación de la misma: el juez podrá citar a todos los intervinientes a una audiencia, que deberá llevar a cabo dentro de las siguientes cuarenta y ocho horas a la presentación de la solicitud de revisión, con el fin de abrir debate sobre la subsistencia o variación de las condiciones o circunstancias que se tomaron en cuenta para imponer la medida y la necesidad de mantenerla o no.

En esta audiencia de revisión de la medida cautelar las partes pueden ofrecer datos de prueba para sustentar su petición. Una vez escuchadas las partes el juez resolverá confirmar, modificar o revocar la medida cautelar.

## **Autoridad competente para el seguimiento de las medidas cautelares**

Una de las aportaciones del PCFPP es que retoma la existencia de una autoridad competente para la supervisión y la ejecución de medidas y salidas alternas. Esta oficina, que ha tenido una exitosa experiencia en algunos estados de la Federación, contará con una base de datos para dar seguimiento al cumplimiento de las medidas cautelares y será de consulta obligatoria por el Ministerio Público solicitar alguna de ellas.

De igual forma, la autoridad judicial, para decidir y conceder sobre la necesidad de la imposición o revisión de las medidas cautelares, solicitará un informe sobre el caso. El imputado o la defensa podrán acceder a la información disponible de parte de la autoridad para la supervisión y la ejecución de medidas y salidas alternas, si así lo solicita, previo a la audiencia para debatir la solicitud de medida cautelar.

Es a esta autoridad competente para medidas cautelares y salidas alternas, a quien corresponderá vigilar el cumplimiento de las medidas o mecanismos tendientes a garantizar la eficacia de las cautelares. Dentro de los límites que la dignidad o integridad física del imputado requieran.

Por otra parte, cuando se imponga al imputado una medida cautelar distinta a la prisión preventiva, éste estará obligado a presentarse ante el juez o la autoridad designada por éste, cuantas veces sea citado o requerido para ello y a comunicar al mismo y a ésta los cambios de domicilio que tuviere.

De igual forma, se le podrá imponer la obligación de presentarse ante la autoridad competente para medidas cautelares y salidas alternas, el día y con la periodicidad que se le señale.

### **Las medidas cautelares penales en el sistema jurídico mexicano**

Los códigos mexicanos incluyen las siguientes medidas cautelares:

- I. Presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe;
- II. La exhibición de una garantía económica;
- III. El embargo precautorio;
- IV. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;
- V. Resguardo en su propio domicilio, sin vigilancia alguna o con las modalidades que el Juez disponga;
- VI. Sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;
- VII. La colocación de localizadores electrónicos;
- VIII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;

- IX. La prohibición de convivir o comunicarse con determinadas personas o con las víctimas u ofendidos o testigos;
- X. La separación inmediata del domicilio;
- XI. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;
- XII. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;
- XIII. Vigilancia policial;
- XIV. La prisión preventiva.

Resulta relevante señalar que el PCFPP incorpora a este listado un apartado más correspondiente a:

- XV. Las previstas en las leyes especiales.

#### **I. Presentación ante el juez o ante autoridad distinta.**

El juez podrá imponer al imputado la obligación de presentarse periódicamente – usualmente durante un día específico a la semana-- o cuando sea requerido ante él o, cuando exista, ante la autoridad competente para medidas cautelares y salidas alternas. Existirá, como es usual, un registro para dejar constancia de su presentación mediante el sistema que determine la autoridad.

## II. Presentación de garantía económica.

Una de las críticas más reiteradas y que evidencian la falta de comprensión del nuevo sistema de medidas cautelares es la que señala la “desaparición” o “pérdida” de la garantía individual de la libertad bajo caución. Como se ha señalado en el capítulo anterior esta afirmación no tiene sustento y, al contrario de lo que se asevera, el nuevo sistema amplía el derecho del acusado a mantener su libertad durante el proceso.

Ahora bien, en este sentido, la medida cautelar consistente en garantía económica mantiene la estructura y lógica de la caución, así el juez fijará el monto y apreciará la idoneidad de la modalidad para su presentación elegida por el imputado.

Para resolver sobre dicho monto, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito, las características del imputado, su capacidad económica, la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo, el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele, así como el aseguramiento del pago de los posibles daños causados a la víctima u ofendido. El juez estimará el monto de modo que constituya un motivo eficaz para que el imputado se abstenga de incumplir sus obligaciones y deberá fijar un plazo razonable para exhibir la garantía.

Las garantías podrán constituirse de las siguientes maneras:

- a. Depósito en efectivo;
- b. . Fianza de institución autorizada;
- c. . Hipoteca, o

d. . Prenda.

El acusado y quien funja como garante podrán sustituirla por otra equivalente, previa audiencia de las otras partes procesales y siempre que exista autorización del juez. De igual forma, estas garantías se regirán por las reglas generales previstas en el Código Federal de Procedimientos Civiles y demás legislaciones aplicables.

Cuando se haga depósito en efectivo, deberá ser igual a la cantidad señalada como garantía económica y se hará a través de la institución de crédito autorizada para ello, pero cuando por razones de la hora o por ser día inhábil no pueda realizarse el depósito, el juez recibirá la cantidad en efectivo, asentará registro de ella y la ingresará el primer día hábil a la institución de crédito autorizada.

En el caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones procesales que se hayan impuesto a imputado, la autoridad judicial lo requerirá para que dentro del término de tres días justifique dicho incumplimiento o, en su caso, requerirá al garante para que lo presente en un plazo no mayor a ocho días, advertidos de que si no lo hicieren o no justificaren la incomparecencia, se hará efectiva la garantía, sin perjuicio de ordenar la aprehensión del imputado o su comparecencia ante el juez, a solicitud del ministerio público.

La garantía se cancelará y se devolverán los bienes afectados por ella, cuando:

- a. Se revoque la decisión que la decreta;
- b. Se dicte el sobreseimiento o sentencia absolutoria, o

- c. El imputado se someta a la ejecución de la pena o la garantía no deba ejecutarse.

### III. Embargo precautorio de bienes

El embargo precautorio de bienes del imputado, que es la medida cautelar real que establece el ordenamiento mexicano, se otorga para garantizar la reparación de los daños causados por el hecho punible. Aunque evidentemente tiene naturaleza civil, es el juez competente para conocer del proceso penal quien también será competente para decretar el embargo precautorio. En casos de urgencia, también podrá decretarlo el juez de control del lugar donde se encuentren los bienes. En este último caso, una vez ejecutado, se remitirán las actuaciones al juez competente.

Cuando el ministerio público haya formulado solicitud de embargo, el juez resolverá sobre la misma en audiencia privada con el solicitante y podrá decretarlo cuando de los antecedentes expuestos por el ministerio público, se desprenda el posible daño y la probabilidad de que la persona en contra de la cual se pide sea responsable de reparar dicho daño.

El embargo precautorio será levantado en los siguientes casos:

- a. Si la persona en contra de la cual se decretó garantiza o realiza el pago de la reparación del daño;

- b. Si se declara fundada la solicitud de cancelación de embargo planteada por la persona en contra de la cual se decretó o de un tercero, o
- c. Si se dicta sentencia absolutoria, se decreta el sobreseimiento o se absuelve de la reparación del daño a la persona en contra de la cual se decretó.

Debe señalarse que frente a la ejecución del embargo precautorio no se admitirán excepciones ni recursos. La única forma de impedir que se lleve a cabo el embargo precautorio es que se consigne el monto de la reparación del daño reclamado u otorgue garantía por el monto total del mismo, incluso en el acto de la diligencia de embargo. Si el pago de la reparación del daño fuere parcial, el embargo precautorio se realizará en la proporción del monto faltante.

El embargo precautorio de bienes se registrará en lo conducente por las reglas generales del embargo previstas en el Código Federal de Procedimientos Civiles y demás disposiciones aplicables.

#### **IV. Prohibición de salir de un ámbito territorial sin la previa autorización del juez**

Esta medida cautelar consiste en la imposición judicial al imputado de la prohibición de abandonar un municipio, entidad federativa o país, la cual podrá ser vigilada por cualquier medio.

#### **V. Resguardo en su propio domicilio, sin vigilancia alguna o con las modalidades que el Juez disponga.**

Debe enfatizarse que esta medida cautelar no tiene relación con el denominado arraigo, se trata de la prohibición judicial de abandonar el domicilio del imputado, prohibición que puede ser reforzada por una vigilancia constante o con vistas aleatorias.

#### **VI. Sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o internamiento en institución determinada**

Cuando se trate de un inimputable, el juez podrá ordenar que sea entregado al cuidado o vigilancia de quien legalmente corresponda hacerse cargo de él u ordenar su internamiento en el centro de salud o establecimiento médico psiquiátrico oficial correspondiente, siempre que se cumplan con las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando por cualquier medio ante la autoridad judicial el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

#### **VII. Colocación de localizadores electrónicos**

Cuando el juez ordene al imputado la colocación de un localizador electrónico, lo comunicará directamente a la autoridad competente para medidas cautelares y salidas alternas a efecto de que dicha autoridad lo ejecute. La ejecución de la medida estará sujeta a las disposiciones administrativas correspondientes, particularmente las relativas al monitoreo electrónico a distancia.

Esta medida cautelar no deberá implicar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado.

#### **VIII. Prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares**

A petición fundada de parte procesal, el juez podrá ordenar la prohibición al imputado de visitar determinados lugares, domicilios o establecimientos, o de concurrir a determinadas reuniones. Para tal efecto, el juez deberá indicar en forma clara y precisa los lugares, domicilios o establecimientos que no podrá visitar el imputado, o en su caso, las reuniones a las que no podrá concurrir, así como las razones que motivan esta decisión y la duración de la prohibición.

#### **IX. La prohibición de convivir, comunicarse o acercarse a determinada distancia de ciertas personas o con las víctimas, ofendidos o testigos**

A solicitud de parte procesal, el juez podrá ordenar al imputado la prohibición de convivir, comunicarse o acercarse a determinada distancia de ciertas personas, incluidas víctimas u ofendidos o testigos. Al igual que en el caso de la medida cautelar de prohibición de concurrir a lugares o reuniones, el juez deberá indicar, en forma clara y precisa, las personas con las cuales no deberá relacionarse el imputado o, en su caso, frecuentar, así como las razones por las cuales se toma esta determinación y su duración.

## **X. Separación inmediata del domicilio**

Esta medida podrá proceder cuando el imputado habite en el mismo domicilio que la víctima u ofendido. Deberá establecerse por un plazo de hasta seis meses, el cual podrá prorrogarse por un período igual, siempre que sea a petición de parte fundada en que no han cambiado las razones que justificaron su imposición. Esta medida no exime al imputado de sus obligaciones alimentarias.

La medida podrá interrumpirse cuando haya reconciliación entre la víctima u ofendido e imputado, siempre que aquélla lo manifieste ante la autoridad jurisdiccional.

Cuando se trate de víctima u ofendido menor de edad, el cese por reconciliación sólo procederá cuando el niño o adolescente, con representación de personal de asistencia social, así lo manifieste personalmente al juez.

Para levantar la medida cautelar personal, el imputado deberá comprometerse formalmente a no incurrir en hechos que puedan afectar a la víctima u ofendido, bajo apercibimiento de adoptar otras medidas cautelares más graves.

## **XI. Suspensión temporal en el ejercicio del cargo en caso de delitos cometidos por servidores públicos**

El juez, a solicitud del ministerio público, podrá ordenar como medida cautelar la suspensión temporal del empleo, cargo o comisión del servidor público a quien se le atribuye la posible comisión de un delito con motivo del ejercicio del servicio

público. Para tal efecto, el juez deberá de indicar en forma clara las razones que motivan esta decisión y su duración.

La suspensión temporal no prejuzgará sobre la responsabilidad que se le impute al servidor público.

La suspensión temporal a que se refiere el párrafo anterior suspenderá los efectos del acto que haya dado origen a la ocupación del empleo, cargo o comisión y regirá desde el momento en que sea notificada al interesado.

En el supuesto de que el servidor público suspendido temporalmente no resultare responsable de los hechos que se le imputan, la dependencia o entidad donde preste sus servicios lo restituirán en el goce de sus derechos y le serán cubiertas las percepciones que debió recibir durante el tiempo que fue suspendido.

## **XII. Suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral**

El juez a solicitud del ministerio público, podrá ordenar como medida cautelar la suspensión temporal de una actividad profesional o laboral a quien se le atribuye la posible comisión de un hecho que la ley señale como delito, cometido con motivo del ejercicio de su profesión o empleo. Para tal efecto, el juez deberá indicar en forma clara las razones que motivan esta decisión y su duración.

La suspensión temporal no prejuzgará sobre la responsabilidad que se le atribuya al imputado y la determinación judicial que la concede hará constar expresamente esta salvedad.

### **XIII. Vigilancia policial**

A solicitud del ministerio público, el juez podrá ordenar la vigilancia policial del imputado, cuando éste se encuentre en libertad, la cual consistirá en ejercer sobre éste observación y seguimiento de su conducta por elementos de las instituciones de Seguridad Pública Federal. Para tal efecto, el juez deberá indicar en forma clara las razones que motivan esta decisión y su duración.

### **XIV. La prisión preventiva**

#### **Consideraciones generales**

La regulación de la prisión preventiva resulta ser, para usar una imagen metafórica, la piedra clave de la bóveda del nuevo sistema de medidas cautelares en el modelo procesal penal acusatorio. Por esta razón es conveniente realizar una revisión detallada de la forma en que los códigos mexicanos han venido estableciendo la forma de su procedencia.

Una de las primeras cuestiones que resaltan en las redacciones mexicanas –tanto en el proyecto federal como en los códigos locales-- es que reiteran la frase inicial del artículo 18 de la CPEUM que no fue modificado en la reforma y que reza: “Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva.” Esta es una cuestión importante porque durante los años de su uso esta cláusula constitucional ha venido siendo distorsionada para posiblemente dar fundamento a la regla, del sistema procesal mixto tradicional vigente, que establece la procedencia de un auto de formal prisión –y no de un auto de sujeción a proceso<sup>59</sup>-- cuando el delito base de la acusación tiene como sanción pena privativa de la libertad –lo cual acontece en la mayoría de los casos<sup>60</sup>--.

Esta forma de interpretar la cláusula constitucional en cuestión está equivocada y el hecho que se transcriba a los códigos es porque se busca una nueva lectura que aprecie que el adverbio “sólo” tiene el sentido de “únicamente”<sup>61</sup>, es decir, se trata de un límite a la procedencia de la prisión preventiva. Debe señalarse que para que esta limitación sea más efectiva es necesaria una reforma a los Código Penales en los que se revise cuidadosamente el catálogo de figuras típicas así como el régimen de sanciones.

Los códigos continúan con una serie de limitaciones, algunas de ellas reiteraciones del texto constitucional como el señalamiento de que la prisión

---

<sup>59</sup>Esta sería la otra alternativa de auto de término constitucional y tendría aparejada la ventaja de que no implica prisión provisional en automático, como si sucede con el auto de formal prisión.

<sup>60</sup>En efecto, basta tomar un código penal, cualquiera que esté vigente, federal o local, para observar que como regla general en más del 95% de los tipos penales se establece la pena privativa de libertad como sanción.

<sup>61</sup>El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece: solo o sólo.1. adv. m. Únicamente, solamente.

preventiva se cumplirá en sitio distinto y completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas, regla constitucional que también se encuentra en el artículo 18 de la CPEUM. De igual forma se incorpora a los códigos el párrafo segundo de la fracción IX del apartado B del artículo 20 de la CPEUM, ya que se señala 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 dictado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares”.

Así mismo, se establece una cláusula de cierre en la utilización de esta medida cautelar ya que se establece que la prisión preventiva sólo podrá ser ordenada conforme a los términos y condiciones contenidas en el propio ordenamiento. De igual forma, y como fundamento al subprincipio de necesidad o indispensabilidad<sup>62</sup> en la aplicación del principio de proporcionalidad, los códigos señalan que la prisión preventiva se ejecutará del modo que perjudique lo menos posible a los afectados.

Otras limitaciones al uso de la prisión preventiva lo constituye el caso de una persona mayor de setenta años de edad, en el que el juez podrá ordenar que la prisión preventiva se lleve a cabo en el domicilio de la persona imputada o, de ser el caso, en un centro médico o geriátrico, bajo las medidas de seguridad que procedan. De igual forma, se limita la aplicación de esta medida a mujeres

---

<sup>62</sup>Grundsatz der Erforderlichkeit, véase el capítulo I de este trabajo.

embarazadas, de madres durante la lactancia o de personas afectadas por una enfermedad grave o terminal, con la salvedad de que esta limitación siempre será de aplicación a criterio del juez.

### **Tratamiento procesal de los presupuestos constitucionales de la prisión preventiva**

Por otra parte, los códigos mexicanos recogen los presupuestos establecidos en la constitución para justificar el *periculum*. En efecto, después de señalar que la prisión preventiva sólo es procedente cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para evitar el riesgo o peligro los enumera:

- Garantizar la comparecencia del imputado en el juicio.
- Garantizar el desarrollo de la investigación.
- Garantizar la protección de la víctima.
- Garantizar la protección de los testigos, o
- Garantizar la protección de la comunidad.

De igual forma, se establece la procedencia de la prisión preventiva cuando el imputado esté siendo procesado o cuando haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. En estos dos supuestos, en nuestra opinión, no se trata de establecer la aplicación oficiosa de la medida cautelar, sino que la procedencia deberá estar referida a algunos de los puntos anteriores y se señalan los antecedentes como un indicio de especial importancia, pero que no deben de implicar la concesión en automático de la solicitud al Ministerio Público.

En este sentido resulta importante que el PCFPP enumere los datos de prueba que, pueden ser tomados en cuenta por el juez para decidir si está garantizada o no la comparecencia del imputado en el proceso:

- a. Los antecedentes penales;
- b. El vecindario 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;
- c. La importancia del daño que debe ser resarcido, el máximo de la pena que en su caso pueda llegar a imponerse de acuerdo al delito de que se trate y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante éste;
- d. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal;
- e. La inobservancia de medidas cautelares previamente impuestas, y el desacato de citaciones para actos procesales y que, conforme a derecho, le hubieran dirigido las autoridades investigadoras o jurisdiccionales.

De igual forma, en lo que se refiere al peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación, el PCFPP establece que los datos de prueba que sean ofrecidos ante el juez deberán dirigirse a señalar que es probable que el imputado:

- a. Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba;

- b. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera reticente o inducirá a otros a realizar tales comportamientos, o
- c. Intimidará, amenazará u obstaculizará de cualquier manera la labor de los servidores públicos que participan en la investigación.

En lo que se refiere al riesgo fundado para la víctima u ofendido, testigos o la comunidad, el PCFPP señala que el juez deberá valorar:

- a. Si existen datos de prueba de que el imputado puede cometer un delito doloso contra la propia víctima u ofendido, alguno de los testigos que depongan en su contra, servidores públicos que intervengan en el proceso, o contra algún tercero,
- b. Las circunstancias del hecho, la gravedad del mismo o su resultado.

### **Tratamiento procesal de la prisión preventiva dictada de oficio**

La reforma constitucional introduce una muy importante limitación al principio de presunción de inocencia en lo que se refiere a la prisión preventiva dictada oficiosamente. Como se ha señalado en este trabajo, el resultado de esta regla constitucional es que en los hechos existen dos sistemas paralelos para la prisión preventiva, ya que en este supuesto se mantiene el esquema que funciona en el sistema mixto tradicional vigente.

De igual forma, se ha señalado en este trabajo que el poder reformador de la constitución trató de matizar esta excepción a la vigencia de la presunción de inocencia al establecer *numerus clausus* en lo que se refiere a estos delitos con prisión preventiva oficiosa. Sin embargo, puede señalarse que la redacción constitucional en este punto no fue la más afortunada ya que el catalogo de delitos graves del artículo 19 CPEUM admite varias interpretaciones. En este sentido resulta digno de reconocimiento que el PCFPP haya asumido la tarea de definir con precisión este listado.

Así, el proyecto en su artículo 265 define cuales los casos de homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos, así como delitos contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y contra la salud, en los que procederá la prisión preventiva de oficio, a saber:

- a. Delitos de homicidio doloso: los previstos en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323 del Código Penal Federal;
- b. Delito de violación: los previstos en los artículos 265, 266 y 266 Bis del Código Penal Federal;
- c. Delito de secuestro: los previstos en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el de tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter del Código Penal Federal;
- d. Trata de personas, previsto en los artículos 5 y 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas;

- e. Delitos cometidos por medios violentos, en los que se emplearen, armas o explosivos: i) Del Código Penal Federal, los delitos siguientes: 1) Piratería, previsto en el artículo 146; 2) Terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; 3) Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis; 4) Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152; 5) Ataques a las vías de comunicación, que se cometan bajo las circunstancias previstas en los artículos 168 y 170; 6) Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286; 7) Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, con relación al 315 y 315 Bis; 8) Robo calificado, previsto en el artículo 367 cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII y XVI; 9) Robo calificado, previsto en el artículo 367 en relación con el artículo 381 Bis; 10) Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, previsto en el artículo 368 Quáter, párrafo segundo; 11) Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último; 12) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 Bis, e 13) Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 215-A; b) De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3 y 5;
- f. Delitos contra la seguridad de la nación: Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126; espionaje, previsto en los artículos 127 y 128; terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter; sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero; los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145, todos del Código Penal Federal;
- g. Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad: Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no

tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 bis; lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis, todos del Código Penal Federal, y

- h. Delitos contra la salud: los previstos en los artículos 194, 195, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero del Código Penal Federal, así como los previstos en las fracciones I, II y III del artículo 464 Ter, 475 y 476 de la Ley General de Salud.

Al margen de que las consideraciones que pueda merecer la amplitud del listado transcrito, como se ha señalado, resulta una clara aportación del PCFPP que permitirá iniciar el análisis y las discusiones de los alcances de la prisión preventiva oficiosa en el sistema jurídico mexicano. La labor de definición de cada uno de los supuestos no es sencilla.

Finalmente, en este punto de la prisión preventiva de oficio, debe señalarse que el PCFPP establece que la tentativa punible de los ilícitos penales

mencionados en las fracciones anteriores, también ameritarán la prisión preventiva oficiosa.

### **Revisión de la medida cautelar de prisión preventiva**

A excepción de los supuestos de la prisión preventiva dictada de oficio, -- frente a los que solamente procede pedir la revisión cuando haya existido una recalificación del delito--, el imputado y su defensor o el ministerio público pueden solicitar la revisión de la prisión preventiva en cualquier momento, cuando estimen que no subsisten las circunstancias por las cuales se decretó, para lo cual deberán señalar las nuevas razones y los antecedentes de la investigación o pruebas en que se sustente la petición.

Frente a la petición de revisión el juez deberá valorar la necesidad de una audiencia, que de ser convocada, deberá ser celebrada dentro de las cuarenta y ocho horas contadas a partir de la presentación de la solicitud de revisión y, según el caso, ordenará en la propia audiencia la continuación, revocación, modificación o sustitución por otra medida.

La prisión preventiva finalizará cuando:

- a. Nuevos datos de prueba demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida, o
- b. Transcurra el tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso, el cual en ningún caso podrá ser superior a dos

años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado.

## Conclusiones

Como se ha señalado en el desarrollo del presente trabajo, la regulación de las medidas cautelares es un elemento de la mayor importancia en el diseño del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano. Su efecto incide directamente en la vida de los ciudadanos sujetos a proceso y su adecuado funcionamiento es uno de los grandes retos del nuevo sistema.

a) La reforma constitucional en materia de seguridad y justicia penal (18 de junio de 2008), contiene un cambio de paradigma, que como ya lo analizamos impacta substancialmente en el proceso penal en general y de manera particular en el ámbito de las medidas cautelares, transformando radicalmente los parámetros que justifican la procedencia de su aplicación y comprensión. En consecuencia, deben de considerarse cuidadosamente los elementos de esta nueva configuración cautelar, resulta necesario enmarcar dichas diferencias estructurales y más aún, los principios que las orientan, sin olvidar la naturaleza pública de los derechos en juego. De tal manera, que dicha reforma, nos obliga a reflexionar paralelamente sobre la relación entre el proceso penal (objeto y fines) y los derechos fundamentales, en particular con los de naturaleza procesal. De ahí, que resulta

un tema nuevo y por tanto resulta justificado estudiarlo como tal, aportando diversos elementos para la reflexión.

b) En este sentido es correcto advertir que estos temas se encuentran particularmente vinculados, por lo que comenzamos a estudiarlos con una somera evolución histórica del *ius puniendi*, que nos permite identificar los monopolios que detenta el Estado, a decir: su ejercicio exclusivo, la aplicación jurisdiccional de la pena y el derecho a castigar mediante el proceso. Sin duda la experiencia histórica de igual manera permite observar y exponer de manera concreta, las características, fines y objeto del proceso penal dentro de los estándares del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

c) En tales condiciones asumimos el estudio objetivo de las medidas cautelares, por un lado, razonando las vicisitudes y expectativas que las rodean, ello para advertir lo complicado que puede resultar su adecuada regulación. Del otro, resulta obligado el estudio de la doctrina (nacional e internacional) y el Derecho Comparado.

e) Esta actualización profunda del proceso penal nos permite aseverar, que lo que se pretende, es modificar la perspectiva que deriva del estudio tradicional, que se enfoca únicamente en la afectación de la garantía de libertad. Por lo que abordamos el estudio de dicha garantía y el principio de inocencia que contempla el nuevo texto de la carta magna y los diversos Tratados Internacionales. En virtud de la integración de dicho principio, por un lado, debemos considerarlo como una regla directamente referida al tratamiento del imputado en el proceso penal, por lo

que debemos considerar que el inculpado es inocente hasta que se dicte la sentencia firme que demuestre lo contrario. Por el otro, debemos considerarlo como una regla del juicio fáctico, por el cual se establecen una serie de requisitos que deberán cumplirse en el juicio para imponer legítimamente una medida cautelar e incluso alcanzar de la misma manera, un juicio de culpabilidad en el proceso penal.

d) Posteriormente se realizó la tarea de identificar los aspectos relevantes de las medidas cautelares, bajo la lógica del proceso penal contemporáneo y la pretensión de establecer las líneas generales para una teoría contemporánea, resultará claro advertir una clara tendencia hacia la modernización y democratización en los aspectos ya señalados, pero principalmente en concatenar su estudio, en el ya referido énfasis de respetar los Derechos Humanos.

e) Lo expuesto da la pauta para una discusión siempre abierta y necesaria, cuya teleología pretenderá que prevalezca el respeto a la libertad y al principio de inocencia. Sin olvidar el impacto que ello conlleva en la idiosincrasia del país, la herencia histórica, cultural y jurídica. Aspectos que necesariamente deberán de modificarse, porque así lo requieren las circunstancias y a partir de ahí ponderar garantías y derechos humanos. Sus limitaciones y simultáneamente su articulación en los códigos procesales. Lo contrario conllevaría a una defectuosa implementación y asimilación de las medidas cautelares y dejaría al proceso penal seriamente mermado, lo cual devendría en la violación sistemática de garantías y derechos humanos.

f) El objetivo según lo expuesto consiste en comprender la tensión existente y de no fácil conciliación, que surge con la necesidad de proteger a la sociedad, la víctima y el imputado, desde la perspectiva de un proceso penal democrático congruente con los postulados que exige el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en relación con la administración de justicia y el irrenunciable reconocimiento de los derechos consagrados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

## **GRUPO DE TRABAJO**

### **CONSEJO DE COORDINACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL**

#### **PODER EJECUTIVO FEDERAL**

**Lic. Alejandro Alfonso Poiré Romero**

Secretario de Gobernación

**Ing. Genaro García Luna**

Secretario de Seguridad Pública

**Lic. Miguel Alessio Robles Landa**

Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal

#### **PODER LEGISLATIVO FEDERAL**

**Senador Ricardo Fidel Pacheco Rodríguez**

**Diputado Gustavo González Hernández**

#### **PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN**

**Ministro Sergio Armando Valls Hernández**

Suprema Corte de Justicia de la Nación

**Consejero César Esquinca Muñoa**

Consejo de la Judicatura Federal

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

**Mtra. Marisela Morales Ibáñez**

CONFERENCIA NACIONAL DE SECRETARIOS DE SEGURIDAD PÚBLICA

**Lic. Marco Tulio López Escamilla**

CONFERENCIA NACIONAL DE PROCURACIÓN DE JUSTICIA

**Lic. Renato Sales Heredia**

COMISIÓN NACIONAL DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

**Mtro. Baruch Delgado Carbajal**

ORGANIZACIONES ACADÉMICAS

**Mtro. Miguel Sarre Iguíniz**

ORGANIZACIONES DE SOCIEDAD CIVIL RECONOCIDAS

**Lic. Alejandro Joaquín Martí García**

SECRETARÍA TÉCNICA DEL CONSEJO DE  
COORDINACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN  
DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

**Lic. Felipe Borrego Estrada**

Secretario Técnico

**Mtro. Rodrigo A. Ozuna Solsona**

Director General de Estudios y Proyectos Normativos

**Mtra. María del Carmen Novoa Cancela**

Directora General de Coordinación Interinstitucional

**Mtro. Jorge Nader Kuri**

Director General de Planeación, Capacitación y Difusión

**C.P. Guillermo Casas**

Director General de Administración y Finanzas

**Dr. Mtro. Rogelio Rueda de León Ordoñez**

Director General de Asistencia Técnica